



ANA BEATRIZ RODRIGUES CARNEIRO

**ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS: A SOLUÇÃO LEGAL E A  
SOLUÇÃO CONTRATUAL - UMA PERSPETIVA DE CONFRONTO  
COM OS SISTEMAS DE *COMMON LAW***

Dissertação com vista à obtenção do grau  
de Mestre em Direito e Mercados  
Financeiros

Orientadora:

Doutora Joana Farrajota, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova  
de Lisboa

Dezembro de 2019

**ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS: A SOLUÇÃO LEGAL E A  
SOLUÇÃO CONTRATUAL - UMA PERSPETIVA DE CONFRONTO  
COM OS SISTEMAS DE *COMMON LAW***

Orientadora:

Doutora Joana Farrajota, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova  
de Lisboa

Dezembro de 2019

*Non può pertanto uno signore prudente, né debbe,  
osservare la fede quando tale osservanzia gli torni contro  
e che sono spente le cagioni che la feciono promettere*

Nicolau Maquiavel, O Príncipe, 1532

### Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Ana Beatriz Rodrigues Carneiro

## **Agradecimentos**

Um muito obrigada à comunidade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa por tudo o que me ensinou, pelas oportunidades que me proporcionou e pelos bons-dias sorridentes e até-amanhãs cansados que me deu durante estes mais de seis anos de Faculdade.

Aos meus avós, que todos os dias me perguntaram “como está a correr?” e me lembraram que nem sempre pode correr tudo bem.

Aos meus pais, em especial, à minha mãe, que aturou todas as crises existenciais que tive enquanto escrevia e não me deixou desistir devido a nenhuma delas.

Aos meus colegas da CGD, que acompanharam todo este processo.

Um pedido de desculpas aos amigos que não pude encontrar tantas vezes quanto gostaria.

Por último, um muitíssimo obrigada à Professora Doutora Joana Farrajota, pela disponibilidade e paciência na orientação deste trabalho, pela revisão crítica e pelos comentários profícuos.

A todos, um grande obrigada.

## Lista de Abreviaturas

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>art.</b>	Artigo
<b>BMJ</b>	Boletim do Ministério da Justiça
<b>CC</b>	Código Civil
<b><i>et. seq.</i></b>	“Et Sequentes” (e seguintes)
<b>MAC</b>	“Material adverse change”
<b>MAE</b>	“Material adverse effect”
<b>n.º</b>	Número
<b><i>op. cit.</i></b>	"Opere Citato" (da obra citada)
<b>p.</b>	Página
<b>pp.</b>	Páginas
<b>Proc.º</b>	Processo
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>TRC</b>	Tribunal da Relação de Coimbra
<b>TRE</b>	Tribunal da Relação de Évora
<b>TRG</b>	Tribunal da Relação de Guimarães
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>Vol./vol.</b>	Volume

O corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 168.830 caracteres.

## Resumo

Está consagrado enquanto princípio geral do Direito que os contratos devem ser cumpridos nos exatos termos em que foram celebrados. Contudo, este princípio pode ver-se condicionado ou limitado em determinadas situações, em particular, quando as circunstâncias existentes à data da contratação se tenham alterado de forma substancial. Tais regras encontram-se previstas em vários ordenamentos jurídicos. Todavia, a grande maioria (se não todos) dos contratos com relevância económica apresentam cláusulas que visam proteger as partes dessas mesmas alterações. Propomo-nos, nesta dissertação, em primeiro lugar, analisar a resposta legal que os ordenamentos português, inglês e norte-americano apresentam para as situações de alteração das circunstâncias, com enfoque, em especial, na respetiva aplicação pelos tribunais. Em segundo lugar, abordaremos duas cláusulas usuais no que respeita a esta matéria, a cláusula de *hardship* e a cláusula *material adverse change*, e as formas como são utilizadas nos contratos. Por último, procuraremos responder à questão da pertinência da inclusão destas cláusulas em contratos cuja lei aplicável já prevê uma solução para a alteração das circunstâncias, como é exemplo do ordenamento jurídico português.

## Abstract

It is established as a general principle of Law that agreements must be performed in the exact terms they were contracted. However, this principle is limited in certain situations, namely, when the existing circumstances at the moment of the conclusion of the contract have substantially changed. These rules are laid down in several legal systems, as well as legal solutions for an unforeseen change of circumstances. Nevertheless, the majority (if not all) of agreements of some financial value have clauses that aim to protect the parties from those changes. We propose in this dissertation, first, to analyse the legal answer the Portuguese, the English and the North-American legal systems present in the situation of change of circumstances, namely, in respect of its application by the courts. Second, we will approach two of the most usual clauses about this matter, hardship clause and material adverse change clause, and their wording in contracts. Lastly, we aim to answer the question regarding the relevance of the inclusion of such clauses in agreements in



which the applicable law already foresees a solution to the change of circumstances, like the Portuguese.

## I. Introdução

É princípio geral do Direito que *pacta sunt servanda*. Para além de ser regra consagrada na maioria dos sistemas jurídicos (no nosso Código Civil, está presente no art. 406.º, n. 1), faz parte do Direito Internacional, estando previsto no art. 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>1</sup>.

Em síntese, este princípio significa que os contratos devem ser cumpridos pontualmente, tal como foram acordados pelas partes.

No entanto, as circunstâncias existentes do momento da celebração do contrato podem não se manter inalteradas durante todo o período de execução desse mesmo contrato. É possível a ocorrência de uma alteração das circunstâncias nas quais as partes fundaram a sua decisão de contratar, que seja de tal forma anormal e onerosa para uma delas que coloque em causa o equilíbrio económico do contrato. É, então, igualmente princípio de Direito, e parte da *lex mercatoria*, que *rebus sic stantibus*: o contrato mantém-se vinculativo, desde que não tenha ocorrido uma alteração fundamental das circunstâncias existentes no momento da sua celebração.

No ordenamento português, este princípio encontra-se consagrado no art. 437.º CC, nos termos do qual é concedido à parte onerada pela alteração o direito à modificação ou mesmo à resolução do contrato. Por sua vez, também o Direito de *Common Law* adotou o princípio *rebus sic stantibus* através da figura da *frustration* e, no Direito Norte-Americano, ainda da *impracticability*.

Não obstante, verifica-se que se tornou usual, tanto em sistemas de *Civil Law* como de *Common Law*, a inclusão, em determinados tipos de contratos, de certas cláusulas que concedem um direito à renegociação ou à resolução do contrato na eventualidade de alterações materialmente adversas e onerosas. Estas cláusulas tornaram-se de tal forma comuns que é raro o contrato com relevância económica e comercial que não as possua. Não é, aliás, despiciendo questionar se não podem mesmo já ser consideradas costume comercial.

---

<sup>1</sup> Art. 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por ela cumprido de boa fé”.

Duas das cláusulas mais relevantes e usuais nos grandes contratos são designadas como cláusula de *hardship* e cláusula *material adverse change*. Ambas têm como objetivo proteger, pelo menos, uma das partes, de uma alteração das circunstâncias que a coloque numa posição de desequilíbrio ou prejuízo em comparação com o negociado contratualmente.

Ora, face a constelações jurídicas, aparentemente, preparadas para dar resposta a alterações posteriores desequilibrantes da economia do contrato, pode parecer que a inclusão destas cláusulas é redundante.

Propomo-nos, durante esta análise, abordar a questão da pertinência destas cláusulas, em especial, à luz do Direito Português.

Para o efeito, optámos por fazer uma incursão nos Direitos Inglês e Norte-Americano, por serem grandes influências na génese destas cláusulas e nos contratos internacionais. Analisaremos a resposta que apresentam para as situações de alteração superveniente das circunstâncias, bem como o art. 437.º e seguintes do CC, e procuraremos compreender, em particular, como é que os tribunais têm aplicado as respetivas respostas legais.

De seguida, estudaremos a cláusula de *hardship* e a cláusula MAC, enquanto exemplos paradigmáticos da resposta contratual dos sujeitos contratantes à alteração das circunstâncias.

Temos a expectativa de, finda esta análise, conseguir averiguar se os contratos aos quais seja aplicável a lei portuguesa estão preparados para responder a uma alteração anormal das circunstâncias, em contraposição com a *Common Law*, e com que fundamento, justificado ou não, ainda assim é possível encontrar nesses contratos cláusulas como a de *hardship* e MAC.

## I.I. Sequência da Exposição

Por forma a contextualizar o trajeto que percorremos na presente dissertação, consideramos ser pertinente informar, desde já, que esta se encontra estruturada em cinco títulos e conclusões.

No primeiro título, recordamos os princípios gerais de Direito *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*, as suas origens, a sua evolução e a sua consagração na ordem jurídica internacional.

De seguida, procuramos abordar sucintamente o regime da alteração superveniente das circunstâncias no Direito Português. Não será dado particular desenvolvimento a este ponto, uma vez que é um regime particularmente estudado na nossa doutrina.

Distintamente, ocupamos grande parte da nossa análise ao estudo dos institutos correspondentes da nossa alteração das circunstâncias em *Common Law*, quer devido à novidade que representa aos nossos olhos, quer atendendo à influência que esta família de Direito sempre implica nos contratos de comércio internacional e, por arrasto, eventualmente, nos contratos nacionais.

Dedicamos o título quarto a uma síntese das principais características desses instrumentos nos ordenamentos jurídicos estudados, assinalando algumas semelhanças e diferenças, potencialmente, justificativas da génese das cláusulas em apreço.

Por fim, no último título abordamos a resposta dos sujeitos contratantes à alteração das circunstâncias, em especial as cláusulas de *hardship* e MAC e a sua relação com os Direitos nacionais.

Concluimos sumarizando a nossa análise e tecendo as considerações e conclusões que nos pareceram pertinentes atendendo aos nossos objeto e objetivo de estudo.

## 1. Contextualização História – A Evolução da Doutrina

### 1.1. O Princípio *Pacta Sunt Servanda*

Se fosse necessário identificar um único princípio para representar o Direito Privado no sistema jurídico de *Civil Law*, a máxima *pacta sunt servanda* seria, provavelmente, o escolhido. O seu significado é simples: os contratos devem ser pontualmente cumpridos.

A identificação da origem deste princípio é, contudo, complexa.

A sua génese terá começado com Ulpiano, no Digesto, onde desenvolveu a ideia de que o pretor tem a função de fazer cumprir os pactos<sup>2</sup>.

Posteriormente, Cícero, no seu manuscrito *De Officiis*, questionou se todo e qualquer contrato deveria ser cumprido. Conclui negativamente, justificando que existiriam situações nas quais o cumprimento se torna inadequado ou inconveniente para quem prometeu ou a quem foi prometido. Chegou, então, à máxima, *ergo et promissa non facienda*, isto é, existem promessas que não são para manter<sup>3/4</sup>.

Foi, posteriormente, graças ao Direito Canónico e ao desenvolvimento do princípio do consensualismo<sup>5</sup>, que a doutrina relativa ao carácter vinculativo dos contratos se tornou mais relevante.

Numa versão não oficial do *Decretales Gregorii IX*, que continha a sistematização dos decretos aprovados pelo Papa Gregório IX, lia-se: *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*, ou seja, os pactos, ainda que nus, ou seja, sem a observância de qualquer forma especial, devem ser mantidos. Hostiensis, bispo cardeal de Óstia, sufragava o

---

<sup>2</sup> RICHARD HYLAND, *Pacta Sunt Servanda: a Meditation*, Virginia Journal of International Law, Winter, 1994, p. 5 *et seq.*

<sup>3</sup> Como exemplo, Cícero indicou um advogado que concordara representar um cliente em juízo, mas cujo filho adoeceu naquele dia. De um ponto de vista moral, considera que ao advogado é permitido não cumprir o acordo. Em consequência, este filósofo e pretor entendeu que a moral nem sempre impõe que as promessas devam ser cumpridas.

<sup>4</sup> Encontramos em Cícero reminiscências de um outro princípio, também ele de extrema importância para a nossa análise, o *rebus sic stantibus* (a respeito deste princípio, *vide* ponto 1.1.).

<sup>5</sup> O Direito Canónico foi especialmente relevante para a evolução da doutrina do consensualismo, que defende que a celebração de um contrato necessita apenas do acordo das partes, não havendo necessidade de qualquer formalismo adicional.

mesmo entendimento, tendo considerado no seu *Summa Aurea* que as promessas devem ser cumpridas, ainda que nuas de acordo com os cânones, uma vez que Deus não distingue entre um juramento e simples palavras.

Até este momento, tivemos consagrações e premissas que nos remetiam para o espírito do princípio e para a ideia de que, se alguém se compromete com algo, deve cumpri-lo. Foi pela mão de Samuel Pufendorf<sup>6</sup> que se transcenderam os casos concretos para se consagrar uma regra geral e abstrata que permitiu, posteriormente, a formulação de um princípio.

Pufendorf baseou-se na teoria de Thomas Hobbes relativa ao pacto social, partindo da premissa de que o ser humano não pode viver sem lei – nomeadamente sem o Direito Natural – a fim de se proteger dos instintos naturais do Homem e de manter a ordem social. Contudo, o Direito Natural não é suficiente para manter a paz entre os indivíduos, e o acordo deve ser utilizado para colmatar os aspetos que este não preenche, quer seja um acordo entre privados, quer entre a comunidade e uma entidade regente e líder. Em suma, a única forma de manter a paz, dada a insuficiência das leis naturais, é com a existência de pactos que têm, necessariamente, de ser cumpridos, sob pena de o ser humano deixar-se levar pelos seus instintos.

Pufendorf conclui, então, que *pacta fervanda funt*, sempre que um indivíduo entra num acordo, a sociedade e a ordem social exigem que seja pontualmente cumprido. A partir deste momento, o princípio (que, eventualmente, evoluiu para *pacta sunt servanda*) consolidou-se nos ordenamentos jurídicos europeus. Hoje em dia, encontra-se totalmente enraizado no direito privado dos sistemas civilistas, ao ponto de se poder defender a desnecessidade da sua consagração expressa.

Não é possível concluir o mesmo, por exemplo, relativamente ao Direito Norte-americano<sup>7</sup>. Ao contrato dos sistemas civilistas, nos quais a diferença entre um contrato e um pacto é extremamente diminuta, ou mesmo, inexistente, no Direito Norte-americano os contratos são, exatamente, os pactos aos quais a lei ou as partes concederam a força da obrigatoriedade.

---

<sup>6</sup> SAMUEL PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1672, p. 791 *et seq.*

<sup>7</sup> RICHARD HYLAND, *op. cit.* p. 15.

Quanto ao panorama internacional, o princípio foi plenamente adotado pelo Direito Internacional, sendo uma das suas principais regras. Uma das explicações que se apresentam para a importância oferecida internacionalmente a esta norma é que o desrespeito pelos tratados internacionais pode ter consequências desastrosas, como a guerra<sup>8</sup>. Na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, foi expressamente previsto no artigo 26.º, com a epígrafe “*Pacta Sunt Servanda*”, que “todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé”.

Não obstante, para compreender a extensão da aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, cabe analisar um outro, o princípio *rebus sic stantibus*.

### 1.2. O Princípio *Rebus Sic Stantibus*

A passo e passo com o *pacta sunt servanda*, encontramos o outro lado da mesma moeda na figura do princípio *rebus sic stantibus*.

Os Romanos, para além de preverem a possibilidade de a prestação de um contrato se tornar impossível (por exemplo, devido à destruição total do objeto da prestação), previram, também, a situação de a prestação se manter possível, mas mais onerosa, por razões de força maior. Encontramos uma das primeiras menções à *difficultas dandi*, como foi designada, no Digesto, pela mão de Venuleius.

Era referido que *et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, o devedor é que deve suportar a inconveniência que advém da dificuldade em cumprir a prestação<sup>9</sup>. Ou seja, a *difficultas dandi* não era causa de exculpação para o incumprimento da prestação e o contrato nessas circunstâncias não era revisto.

Mais tarde, foi, contudo, reconhecida pelos Romanos a possibilidade de, verificados determinados pressupostos, rever o valor das obrigações pecuniárias<sup>10</sup>. Num primeiro

---

<sup>8</sup> *Ibidem* p. 13.

<sup>9</sup> PASCAL PICHONNAZ, *From Clausula Rebus Sic Stantibus to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role*, in *Fundamina*, University of South Africa, 2011, p. 129.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 130.

momento, tal era permitido apenas nos casos de contratos de compra e venda nos quais o bem se mostrava defeituoso, justificando a redução do preço. Mais tarde, tornou-se também possível reduzir a prestação pecuniária nos contratos de locação de terrenos para agricultura, se o agricultor tinha obtido uma colheita especialmente infrutífera.

Este paradigma alterou-se na Idade Média. Foi desenvolvida a ideia de que qualquer acordo tinha uma condição tácita, segundo a qual a manutenção do contrato nos termos acordados dependia de as circunstâncias se manterem iguais às que existiam à data da promessa<sup>11</sup>. Quando a condição implícita não se verificava, a obrigatoriedade de cumprir a prestação era suspensa. Esta doutrina foi apoiada, nomeadamente, por Bártolo e por Baldus, em comentários ao Digesto, e foi este último que generalizou a expressão *rebus sic se habentibus*.

Nesta altura foi, contudo, restringido o poder do julgador de modificar o contrato, como se tornara possível na época dos romanos. O julgador apenas tinha poder de decidir se as circunstâncias foram alteradas, à luz da condição implícita do contrato, e optar entre a suspensão ou a resolução do contrato.

Eventualmente, o brocado *rebus sic se habentibus* acabou por encontrar a sua versão que conhecemos hoje, *rebus sic stantibus*, através de Ludovicus Pontanis, no século XV<sup>12</sup>.

Em síntese, até este momento, a doutrina que previa e procurava dar uma solução à alteração das circunstâncias, nomeadamente, canonistas e pós-glosadores, baseava-se na premissa de que, no momento da celebração do contrato, as partes implicitamente sujeitavam-no a uma condição de estabilidade das circunstâncias. Consequentemente, as partes apenas se mantinham vinculadas ao contrato enquanto as circunstâncias existentes no momento da sua celebração se mantivessem inalteradas.

Hugo Grócio, contudo, apresentou uma visão mais restrita da doutrina *rebus sic stantibus*. Grócio reconhecia que existiam razões ou motivações subjacentes aos contratos e que a desoneração da prestação apenas poderia ser permitida se a inalterabilidade das circunstâncias estivesse incluída nas razões causais do contrato. Opera, portanto, uma redução do escopo de aplicação da doutrina, exigindo que a inalterabilidade ou

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 136.



estabilidade das circunstâncias tivesse sido, para além de considerada pelas partes, também a razão que levou à contratação<sup>13</sup>.

Este espírito de constrição à possibilidade de desvinculação não esmoreceu e vários ordenamentos jurídicos apresentaram versões restritivas ou eliminaram completamente qualquer referência ao princípio *rebus sic stantibus*. Foi na Segunda Guerra Mundial que se tornou necessário ressuscitar a questão do impacto de uma alteração das circunstâncias nos contratos, devido à comoção social e económica que a guerra implicou<sup>14/15</sup>.

Atualmente, no Direito Internacional, o princípio *rebus sic stantibus* encontra provimento no artigo 62.º da Convenção de Viena, sob a epígrafe *Alteração Fundamental das Circunstâncias*. Ao abrigo deste artigo, “uma alteração fundamental das circunstâncias relativamente às que existiam no momento da conclusão de um tratado e que não foram previstas pelas Partes não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, salvo se a existências dessas circunstâncias tiver constituído uma base essencial do consentimento das Partes em ficarem vinculadas pelo tratado e essa alteração tiver por efeito a modificação radical da natureza das obrigações assumidas no tratado”.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> A respeito da evolução do princípio *rebus sic stantibus* no ordenamento jurídico português, veja-se o ponto 2. *infra*.

## 2. A Alteração das Circunstâncias no Direito Português

Em Portugal, o tratamento da questão da alteração das circunstâncias foi fortemente influenciado pela doutrina alemã.

Num primeiro momento, no séc. XX<sup>16</sup>, a doutrina portuguesa<sup>17</sup> subscreveu a doutrina da pressuposição, de Bernhard Windscheid. De acordo com esta doutrina, subjaz a todo o negócio jurídico uma condição não desenvolvida, ou seja, uma limitação da vontade que não cresceu até ao ponto de constituir uma condição *tout court*, mas que se manteve como condição tácita, cognoscível pela outra parte.

Esta doutrina parte do pressuposto de que os contraentes, no momento da negociação e celebração do contrato, consideraram todo o seu cenário envolvente e convenceram-se que este se manteria imutável. Tivessem previsto alguma mutabilidade, não teriam celebrado o negócio jurídico ou, pelo menos, não o teriam concebido naqueles exatos termos. Ou seja, admitindo as partes a não verificação dos pressupostos essenciais da sua vontade, acredita-se que teriam, pelo menos, procurado condicionar a produção de efeitos ou a validade do contrato à verificação desses mesmos pressupostos.

O negócio jurídico encontra-se, assim, condicionado, tacitamente, à concretização de um determinado conjunto de circunstâncias representadas pelas partes, e conhecidas ou, pelo menos, cognoscíveis pelas contrapartes. Não se verificando esta condição (de imutabilidade), defende a doutrina da pressuposição o surgimento de um direito de revogação do contrato<sup>18</sup>.

Esta doutrina não foi, contudo, plenamente aceite. Foi criticada a facilidade com que permitia a revogação do contrato e os problemas de segurança jurídica que implicava<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Volume II*, 12.<sup>a</sup> Edição, 2018, Almedina, p. 129.

<sup>17</sup> Vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 8.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, 1998, pp. 405 *et seq.*

<sup>18</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, 1950, p. 275.

<sup>19</sup> MARIA LÚCIA PEREIRA DE BRITO, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p.15.

Para além disso, não propunha qualquer sistema de valoração da alteração e/ou das respetivas implicações ou consequências para as partes.

Na Alemanha, a doutrina dominante eventualmente abandonou a doutrina da pressuposição, preferindo a teoria sobre a base do negócio<sup>20</sup>, de Paul Oertmann.

Oertmann definiu a base do negócio como “a representação psicológica duma das partes, reconhecida e não contestada pela contraparte, ou a representação comum aos vários interessados no negócio, acerca da existência ou do advento de determinadas circunstâncias, sobre a base das quais se constrói a vontade do agente”<sup>21</sup>. A base do negócio, para este autor, consubstanciava-se, portanto, na representação subjetiva das circunstâncias que foram essenciais para a sua formação, podendo pertencer a apenas uma das partes, e ser conhecida e aceite pela outra, ou ser partilhada por ambas. É da comparação desta representação com a realidade que se procurava aferir da existência de uma alteração das circunstâncias base do negócio e, consequentemente, da existência de um direito de modificação do mesmo.

A principal diferença entre esta doutrina e a doutrina da pressuposição subjaz no facto de, enquanto a doutrina da pressuposição respeita a apenas uma condição, que se consubstancia numa declaração negocial, a doutrina da base do negócio baseia-se não numa declaração apenas, mas na globalidade do negócio jurídico.

Adicionalmente, é possível também apontar como elemento distintivo o facto de a doutrina de Windscheid exigir apenas a cognoscibilidade da condição implícita pela outra parte, enquanto a doutrina de Oertmann exige um conhecimento efetivo<sup>22</sup>.

A doutrina da base do negócio não foi, contudo, isenta de críticas, desde logo atendendo à sua subjetividade, visto que a base do negócio corresponde à representação da realidade pelas partes e não a uma objetiva alteração dos factos à data de contratação<sup>23</sup>. Consequentemente, não seria difícil para um contratante menos atento obter uma desvinculação da sua obrigação à luz desta doutrina.

---

<sup>20</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, 1995, p. 703 *et seq.*

<sup>21</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 286.

<sup>22</sup> LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>23</sup> *Idem.*

Pretendendo contornar esta crítica, Karl Larenz<sup>24</sup> apresentou uma evolução da doutrina no sentido de incluir tanto uma base negocial subjetiva como uma objetiva, considerando ambas relevantes para responder à questão de saber se ocorreu uma alteração das circunstâncias.

A primeira, a base negocial subjetiva, diz respeito à representação mental, comum a ambas as partes no momento da celebração do contrato e que as influenciou no sentido da celebração, naqueles termos (se as partes tivessem interiorizado uma representação diferente, não teriam celebrado o contrato nos exatos termos em que o fizeram). Refere a doutrina que a não verificação desta representação implica o desaparecimento da base subjetiva da determinação da vontade<sup>25</sup>.

A base objetiva consagra as circunstâncias fácticas necessárias para que o contrato se mantenha relevante<sup>26</sup> ou cuja verificação é seu pressuposto e condição<sup>27</sup>. Inclui-se aqui a impossibilidade de alcançar o fim (comum a ambas as partes) do contrato<sup>28</sup>.

Posto isto, tal como Oertmann, para Larenz, a questão de saber se ocorreu uma alteração das circunstâncias responde-se sabendo se desapareceu a base do negócio (para Larenz, qualquer uma delas), quando comparada com a realidade existente no momento de execução do contrato.

O Código Civil Português de 1966<sup>29</sup> apoiou-se nesta teoria evoluída e optou por consagrar dois normativos distintos que, em conjunto, incorporam tanto uma base do

---

<sup>24</sup> KARL LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3.<sup>a</sup> ed., Beck, 1963, pp. 20 *et. seq.*

<sup>25</sup> MARIA LÚCIA PEREIRA DE BRITO, *op. cit.* p. 19.

<sup>26</sup> LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *op. cit.* p. 128.

<sup>27</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimpressão com nota de atualização, Quid Juris?, 2001, p. 66.

<sup>28</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *op. cit.* p. 67.

<sup>29</sup> Não encontramos no Código de Seabra uma norma sobre a alteração das circunstâncias que consagrasse qualquer uma das doutrinas alemãs ou que se possa considerar um antepassado do atual art. 437.º.

negócio objetiva como uma subjetiva, a saber, respetivamente: os institutos da alteração das circunstâncias e do erro sobre a base do negócio<sup>30</sup>.

O regime da alteração das circunstâncias, tal como o conhecemos hoje, não sofreu alterações, mantendo-se com a mesma redação desde a aprovação do Código Civil, em 1966.

Os artigos em relevo são os 437.º, 438.º e 439.º, e encontram-se sistematicamente localizados na Subsecção VII - Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias, Secção I – Contratos, Capítulo II - Fontes das Obrigações, Título I - Das Obrigações em Geral, Livro II – Direito das Obrigações.

Recordemos, de seguida, os seus pressupostos de aplicação e devidas consequências.

## 2.1. O Código Civil

### 2.1.1. A Previsão

Com génese no princípio geral de Direito *pacta sunt servanda*<sup>31</sup>, a lei nacional consagrou, no artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil, que os contratos devem ser pontualmente cumpridos. Este mesmo preceito admite, contudo, a sua derrogação, permitindo a modificação ou extinção do contrato através de acordo entre as partes contratantes ou nos casos admitidos na lei.

Em conformidade e apoiando-se noutro princípio basilar, a boa-fé, vêm os artigos 437.º e seguintes permitir a modificação ou resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias nas quais as partes assentaram a base contratual.

Vejamos os seus requisitos.

#### A. Uma alteração superveniente das circunstâncias

---

<sup>30</sup> A sua distinção será oportunamente abordada na alínea A. do ponto seguinte.

<sup>31</sup> A respeito deste princípio, veja-se o ponto 1.1. *supra*.

Desde logo, são apenas relevantes, para efeitos do acionamento deste regime, as alterações às circunstâncias sobre as quais as partes fundaram a decisão de contratar que tenham ocorrido em momento posterior à contratação.

Alertamos, contudo, que não se deve confundir a alteração das circunstâncias com o erro sobre o objeto do art. 252.º, n.º 2 do CC. No erro sobre o objeto, as circunstâncias representadas pelas partes vêm a provar-se erradas quando comparadas com a realidade. O erro sobre o objeto está relacionado com a base negocial subjetiva, isto é, com as circunstâncias tal como foram apreendidas por cada contraente, e que acabam por se mostrar distintas da realidade. A alteração das circunstâncias, por sua vez, remete para a base negocial objetiva, estando em causa as circunstâncias fácticas e a alteração real que sofreram.

Distingue ainda o Professor Inocêncio Galvão Telles que, enquanto no erro sobre a base do negócio, essa base é unilateral, pois respeita unicamente a um dos contraentes (àquele que está em erro), a base do negócio na alteração das circunstâncias é bilateral, partilhada, já que a realidade é comum a ambos os contraentes<sup>32</sup>.

#### B. *A relevância das circunstâncias sobre as quais recaiu a alteração*

Note-se, contudo, que não relevam para o efeito todas e quaisquer circunstâncias existentes no momento da celebração, mas apenas aquelas que tenham sido relevantes para o negócio e para formar a vontade das partes – a chamada base do negócio<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, in *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010, pp. 343 *et seq.*: “a base do negócio no erro é unilateral: respeita exclusivamente ao errante. A base do negócio na alteração das circunstâncias é bilateral: respeita simultaneamente aos dois contraentes. A lei (artigo 437º, n.º 1) fala, acentuadamente, das circunstâncias em que as partes (plural) fundaram a decisão de contratar”. Nesse mesmo sentido, *vide* Ac. STJ de 21.01.2014, Relator Granja da Fonseca, Proc.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1: “diferentemente do erro, em que a base do negócio é unilateral, respeitando exclusivamente ao errante, na alteração das circunstâncias a mesma é bilateral, respeitando simultaneamente aos dois contraentes [...]. De onde decorre, *tout court*, que a alteração das circunstâncias pessoais dos contraentes é insusceptível de preencher o instituto”.

<sup>33</sup> Nesse sentido, *vide* o Ac. do STJ de 27.01.2015, Relator Fonseca Ramos, Proc.º 876/12.9TBBNV-A.L1.S1., onde se lê: “Ao que se atende, como ponto de partida é à base do negócio, ao circunstancialismo em que as partes assentaram a decisão de contratar”.

Este requisito implica que as partes formaram a convicção, mesmo que subconscientemente, que no futuro se verificariam certas circunstâncias, tendo sido essa convicção determinante para a escolha de celebrar aquele contrato, naqueles exatos termos. Se tivesse ocorrido às partes a possibilidade de falhar tal circunstância pressuposta, não teriam contratado sem inserir no negócio uma cláusula que desse resposta à situação<sup>34</sup>.

### C. A anormalidade da alteração

Para efeitos da aplicação deste instrumento, a alteração tem de ser anormal, correspondendo a uma modificação insólita ou inabitual da base negocial na qual as partes fundaram a celebração do contrato<sup>35</sup>.

Ainda que a lei não exija, expressamente, que a alteração seja imprevisível, é comum fazer-se coincidir o conceito de anormalidade com o de imprevisibilidade<sup>36</sup>, uma vez que, se as partes tivessem sido capazes de antever a alteração ou as novas circunstâncias que ela importou, poder-se-iam ter acautelado contratualmente. Consequentemente, várias decisões dos nossos tribunais superiores já consideram a imprevisibilidade como requisito da alteração<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1990, p. 597.

<sup>35</sup> Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.06.2017, Relator José Feteira, Proc.º 163/09.0TTLSB-A.L1-4.

<sup>36</sup> Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA e FERNANDO PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Volume 1, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 413, que escrevem: “A lei não exige, ao contrário do Código italiano, que a alteração seja *imprevisível*, mas o requisito da *anormalidade* conduzirá praticamente quase aos mesmos resultados (cfr. a anot. De Vaz Serra ao acórdão do S. T. J., de 17 de fevereiro de 1980, na *Rev. de Leg. E de Jur.*, ano 113.º, págs. 306 e segs)”.

<sup>37</sup> A título exemplificativo, vide Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 05.11.2013, Relator José Avelino Gonçalves, Proc.º 1167/10.5TBACB-E.C1, que refere: “Ao falar na alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a lei quer manifestamente aludir às modificações contra as quais, pelo seu carácter imprevisível, as partes não possam e não devam acautelar-se”.

#### D. *O dano*

Para além dos requisitos já revisitados, a alteração tem de provocar danos a uma das partes, resultando num desequilíbrio intenso<sup>38</sup> da economia e do equilíbrio do contrato, ou, de outra forma, é irrelevante, por não apresentar particular gravidade<sup>39</sup>.

Veja-se o exemplo apresentado pelo Professor Oliveira Ascensão: um empreiteiro está a construir uma casa, quando um sismo provoca a queda da chaminé dessa casa. Ora, um sismo é uma alteração extraordinária, contudo, não desequilibra particularmente a relação contratual ao ponto de justificar a resolução do contrato. Posto isto, a alteração não deve apenas ser extraordinária, mas também provocar um desequilíbrio da equação negocial estabelecida através de um dano considerável<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> O Professor Oliveira Ascensão sublinha a necessidade da gravidade do dano, por contraposição com outras normas legais que igualmente possuem o dano como previsão normativa, mas com menor intensidade: “Este factor permite-nos ainda distinguir a alteração das circunstâncias prevista no art. 437 de outras situações em que a lei dá igualmente relevo a uma alteração, mas sem exigir o mesmo carácter extraordinário e grave. Tomemos o art. 567/2 CC, relativo à indemnização em renda: ‘Quando sofram alteração sensível as circunstâncias em que assentou, quer o estabelecimento da renda, quer o seu montante ou duração, quer a dispensa ou imposição de garantias, a qualquer das partes é permitido exigir a correspondente modificação da sentença ou acordo’. Aqui a lei exige apenas uma alteração sensível. É algo menos que a “alteração anormal” do art. 437, porque não tem de ser extraordinária nem grave. O contexto em que surge, que é relativo à fixação da indemnização a cargo do responsável, permite que a alteração das circunstâncias releve a um nível muito menos exigente, que a lei exprime através do recurso ao qualificativo sensível. Não basta toda e qualquer alteração, mas também não tem de representar a alteração anormal que desencadeia a aplicação do art. 437”, in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65 – Vol. III, Dezembro 2005.

<sup>39</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias: A Concretização do artigo 437 do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, 1987, p. 67, segundo o qual: “uma alteração que não provoque prejuízos, no domínio contratual, a um dos celebrantes é, naturalmente, irrelevante. Calcula-se que o dano deve ter certa envergadura, para desencadear a aplicação do remédio extraordinário do art. 437º/T”.

<sup>40</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*



E. *A ofensa à boa-fé*

A alteração deve, igualmente, tornar o contrato de tal forma lesivo para uma das partes que a exigência de cumprimento das obrigações assumidas, nos termos estipulados, coloca em causa o princípio da boa-fé<sup>41</sup>.

A boa fé é aqui entendida no seu sentido objetivo, implicando deveres de honestidade e lealdade nos comportamentos e consideração razoável dos interesses da contraparte. Admite-se que na análise deste requisito se atente a critérios de normalidade, gravidade do dano e da própria atuação das partes<sup>42</sup>.

F. *A exclusão do âmbito dos riscos próprios do contrato*

Atendendo ao facto de que todos os contratos têm como pressuposto a assunção de riscos, a alteração não se pode encontrar no âmbito dos riscos próprios do contrato. O risco consubstancia-se, em última *ratio*, na contrapartida do fim/objetivo prosseguido com a contratação.

Este requisito não implica que não haja lugar à aplicação do art. 437.º CC quando a alteração ocorre dentro da álea do contrato, mas antes que o legislador pretendeu conferir a esta norma carácter supletivo relativamente ao regime do risco aplicável ao contrato, quer seja legal quer contratual<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, *vide*, por exemplo, o Ac. TRL, de 14.06.2017, Relator José Feteira, Proc.º 1163/09.0TTLSB-A.L1-4, segundo o qual a alteração “deve assumir proporções tais que subvertam a própria economia do contrato, tornando-o lesivo para uma das partes contratantes ao ponto de, caso o contrato se mantenha nos termos em que foi celebrado, a exigência das obrigações por ela assumidas [...] afete gravemente os princípios da boa-fé”.

<sup>42</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.* p. 67 *et seq.*

<sup>43</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Proposta na Contratação Pública e a Alteração das Circunstâncias*, in *o Direito*, ano 142.º, 2010, II, p. 292: “Houve já a oportunidade de explicar que este preceito não pode ser reduzido à ideia de que não cabe a revisão ou a resolução, quando se deem alterações dentro da álea que todo o contrato, ainda que em medida variável, sempre implica. Tal álea está já duplamente salvaguardada no artigo 472.º, n.º 1, pela normalidade da modificação e pela boa fé. Na verdade, as alterações registadas dentro da álea dos contratos são normais e não contundem com a boa fé. A ideia da lei é outra: trata-se de conferir ao disposto do artigo 437.º, n.º 1, natureza supletiva, perante o regime legal ou contratual do risco, e, mais latamente, a todas as regras de imputação de danos”.

Uma das grandes discussões relativamente a esta exigência encontra-se no âmbito dos contratos de *swap*, que visam cobrir o risco de oscilações dos valores de referência de determinados ativos. Possuindo esse objetivo, é questionável se oscilações mais bruscas e imprevisíveis das taxas de referência podem consubstanciar uma alteração anormal das circunstâncias<sup>44</sup>.

#### G. *A não verificação de mora do lesado*

Por último, um requisito negativo: o lesado que pretenda invocar o regime da alteração das circunstâncias não se pode encontrar em mora, o que vai ao encontro do espírito do art. 807.º do Código Civil, que promove a inversão do risco do devedor em mora.

Este requisito possui como objetivo impedir que situações de negligência no cumprimento tempestivo acabem por ser recompensadas em virtude de, por mero acaso, ter ocorrido uma alteração das circunstâncias durante a mora do devedor.

O exemplo paradigmático é o de uma empresa que se obriga à reparação de um navio e que se atrasa alguns meses relativamente ao prazo combinado. Durante esse período de atraso, desencadeia-se uma guerra no país de origem da matéria prima necessária à reparação do navio, o que leva a um aumento exorbitante dos seus preços<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Por ser matéria que, por si só, consubstanciaria uma dissertação, não procederemos à análise da questão, contudo, indicamos alguma doutrina e jurisprudência que consideramos pertinentes ao tema: MARIA CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap*, Coimbra Editora, 2000; MANUEL GRANJA DA FONSECA, *Contratos de SWAP*, Fevereiro de 2014, disponível em «<http://www.stj.pt/index.php/documentacao/estudos/direito-comercial>»; PEDRO GONZALES e JOÃO VENTURA, *Contrato de Swap e Alteração de Circunstâncias – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, N.º 48, Agosto, 2014; PAULO MOTA PINTO, *Contratos de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3987 e 3988, anos n.º 143 e 144, julho-agosto e setembro outubro 2015; JOÃO CALVA DA SILVA, *Contratos Bancários e Alteração das Circunstâncias*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: FDUC, 1914 - Vol. 90, tomo 2, 2014; Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 10.10.2013, Relator Granja da Fonseca, Proc.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.06.2017, Relator Tomé Gomes, Proc.º 540/11.6TVLSB.L2.S1.

<sup>45</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*

Ora, não faz sentido, de um ponto de vista dos valores que o instituto da alteração das circunstâncias pretende proteger (boa fé, justiça, etc.), que o contraente arrogue a sua necessidade de defesa contra uma situação na qual ele mesmo se colocou.

Recorde-se, todavia, que se a alteração ocorreu em momento anterior à entrada em mora, o seu direito mantém-se<sup>46</sup>.

### 2.1.2. A Estatuição

O art. 437.º, n.º 1 CC confere à parte lesada o direito a resolver o contrato. Tal implica que a resolução não é automática, dependendo antes do respetivo exercício e, por essa razão, o n.º 2 permite que, em oposição ao pedido de resolução pela parte lesada, a contraparte solicite a modificação do contrato.

Analisemos, de seguida, ambas estas possibilidades.

#### A. Resolução do Contrato

No que diz respeito aos efeitos do exercício do direito de resolução, por remissão do art. 439.º CC, aplica-se o regime geral da resolução (Subsecção VI – Resolução do Contrato), nomeadamente, o art. 434.º CC. Esta disposição impõe a retroatividade da resolução, salvo se tal diferir da vontade das partes ou da finalidade da resolução, e ficando salvaguardadas as prestações já efetuadas, no caso dos contratos de execução duradoura.

Indo ao encontro do princípio da manutenção dos contratos, o n.º 2 do art. 437.º CC admite que a parte não lesada se oponha à resolução, solicitando que o contrato seja modificado segundo juízos de equidade, cabendo ao tribunal decidir se atende ao pedido<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *op. cit.* 416.

<sup>47</sup> Todavia, não tendo ocorrido qualquer oposição à resolução, não pode o tribunal oficiosamente optar pela modificação cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *op. cit.* p.414.

Todavia, nas situações em que a alteração anormal provoque uma perda do interesse objetivo no contrato, entende-se que dever-se-á afastar a possibilidade de modificação, em detrimento da resolução<sup>48</sup>.

Neste sentido, o Professor Oliveira Ascensão recorda os casos da coroação, os quais abordaremos oportunamente com mais detalhe<sup>49</sup>, adaptando-os para o seguinte cenário: são alugadas janelas com vista para determinada rua, para assistir a um cortejo. Quer o destino que o cortejo acabe por seguir outro trajeto, que não contempla aquela determinada rua. Nesta situação, a não ser que o senhorio tenha uma outra janela na nova rua por onde o cortejo passará, a solução apenas poderá ser a resolução do contrato. O negócio perdeu, irremediavelmente, a sua base, que era a passagem do cortejo, e nenhuma modificação do contrato (com exceção da eventual alteração para uma janela na nova rua) a poderá devolver<sup>50</sup>.

Nestes casos de perda irremediável da base do negócio, o único remédio aceitável torna-se, então, a resolução.

## B. Modificação do Contrato Segundo Juízos de Equidade

É lecionado desde o primeiro ano do curso de Direito que a equidade é a justiça do caso concreto, isto é, um juízo formulado pelo julgador sem recorrer a uma norma pré-estabelecida, mas antes a critérios de justiça<sup>51</sup>. No regime da alteração das circunstâncias, a modificação segundo juízos de equidade tem como objetivo repor o equilíbrio contratual colocado em causa pela alteração anormal. Tal não significa, contudo, uma repartição dos encargos e vantagens de uma forma igualitária (ou não seria uma modificação segundo juízos de equidade), mas sim atendendo à equação negocial e aos critérios adotados pelas

---

<sup>48</sup> Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, “cabe a resolução como solução única se em consequência da alteração anormal uma parte perder o interesse objectivo no contrato. O art. 437/2 tem assim de entender-se sempre sujeito a este limite, embora silenciado pela letra”.

<sup>49</sup> A respeito dos *Coronation Cases*, vide ponto 3.1.1.

<sup>50</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*

<sup>51</sup> ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 5.ª Edição, Almedina, 2019, p. 600.

partes, bem como à sua vontade hipotética e à boa fé<sup>52</sup>, e reproduzi-los no contrato modificado. São comuns como modificação a diminuição ou o aumento das prestações, a transformação da sua natureza ou conteúdo e a expansão do prazo para cumprimento.

Observe-se um exemplo bastante simples da aplicação do princípio pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.09.2003<sup>53</sup>: em causa, está um contrato de arrendamento de um espaço num centro comercial para instalar uma loja. A área inicialmente contratada viu-se, eventualmente, reduzida em cerca de 10%, redução essa que incluía a montra. O tribunal decidiu que, se a área perdida era de 10%, o impacto dessa perda sobre o valor da remuneração da loja seria também de cerca de 10%. Assim, por equidade, o contrato deveria ser modificado no sentido de as rendas serem reduzidas também em 10% em relação ao convencionado para cada mês.

## 2.2. A Aplicação pelos Tribunais

O mecanismo da alteração das circunstâncias tem a sua justificação no princípio da boa-fé, baseando-se na assunção de que o bom pai de família não obriga a sua contraparte a cumprir o contrato anteriormente negociado, ponto por ponto, quando tiver ocorrido uma alteração de tal forma substancial e imprevisível que torne a sua prestação excessivamente onerosa. No entanto, os pressupostos de aplicação do art. 437.º são reconhecidamente apertados, e os tribunais bastante humildes na sua utilização. É, pois,

---

<sup>52</sup> ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 20.ª Edição Actualizada, EDIFORUM – Edições Jurídicas, Lda, 2018, p. 407.

<sup>53</sup> Ac. do STJ de 30.09.2003, Relator Reis Figueira, Proc.º 03A1169: “Já vimos que a primeira Ré perdeu 10% da área que inicialmente contratou, que essa área corresponde à montra da loja, mas que a montra é de fundamental importância para o negócio explorado na loja. Com rigor matemático temos portanto a área perdida: 10%. Por equidade calculamos o impacto dessa perda sobre o valor da remuneração em cerca de 10%. [...] Assim, por equidade, entendemos que, mantendo-se embora o dever da Ré de pagar à Autora as prestações convencionadas, o seu quantitativo deve ser reduzido de cerca de 10% em relação ao que foi convencionado para cada mês (remuneração mínima e comparticipação nas despesas comuns), desta forma se modificando o contrato”.

excecional<sup>54</sup> a aplicação desta norma pelos nossos tribunais, ainda que a sua possibilidade esteja plasmada na legislação. Nem mesmo a Revolução de 25 de abril de 1974 e as consequentes alterações políticas e económicas que trouxe<sup>55</sup>, como as nacionalizações que se seguiram<sup>56</sup> ou o processo de descolonização<sup>57</sup> foram consideradas pelos tribunais como consubstanciando alterações anormais nos termos e para os efeitos do art. 437.º CC<sup>58</sup>. O mesmo se diga quanto à crise económica que se iniciou em 2007.

A respeito desta última crise financeira, fez-se larga jurisprudência, nem toda no mesmo sentido.

No sentido de considerar que a crise poderia consubstanciar uma alteração anormal das circunstâncias, para efeitos do art. 437.º, CC, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.01.2013, no qual foi considerado que a crise económica poderia consubstanciar uma alteração anormal das circunstâncias, desde que existisse uma correlação direta e comprovada entre a crise e a atividade económica daquele que reclama a aplicação do art. 437.º CC<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> “A resolução do contrato baseada na alteração das circunstâncias constitui regime excecional que obedece a requisitos legais precisos balizados sempre pela boa fé negocial. As alterações a considerar devem ser relevantes, anormais e imprevisíveis à data do negócio, causando prejuízo à parte que delas se queira prevalecer de modo que a exigência do cumprimento das obrigações por essa parte assumidas afetem gravemente os princípios da boa fé sem que estejam cobertas pelos riscos próprios do contrato”, in Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2016, Relatora Maria da Conceição Saavedra, Proc.º 3674/14.1TBOER.L1-7.

<sup>55</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, Separata Juris et de Urbe, Universidade Católica do Porto, 1998, p. 28.

<sup>56</sup> Ac. STJ, de 19.06.1979, Relator Hernâni de Lencastre, Proc.º 67 934, in BMJ n.º 288, julho, 1979, pp. 369 *et seq.*

<sup>57</sup> Ac. STJ de 13.02.1986, Relator Serra Malgueiro, Proc.º 72 777, in BMJ n.º 354, março, 1986 pp. 514 *et seq.*: “o facto de o contrato ter sido celebrado em Moçambique, onde ao tempo as partes viviam, sendo as prestações realizadas em escudos moçambicanos – moeda que deixou de ter curso legal após a descolonização – não significa, em termos económicos ou outros, maior onerosidade para os réus”.

<sup>58</sup> SANDRA ARSÉNIO, *O Swap de Taxas de Juro: Uma Análise Retrospectiva e Atualista*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 59, abril 2018, pp. 65 *et seq.*

<sup>59</sup> Ac. STJ de 10.01.2013, Relator Orlando Afonso, Proc.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, segundo o qual é “necessário que haja uma correlação direta e demonstrada factualmente nos autos entre a crise económica

Em sentido oposto, voltou a pronunciar-se o STJ, desta vez decidindo que o facto de um promitente-comprador se ter tornado insolvente na sequência da crise é alheio às circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e, consequentemente, insuscetível se permitir a aplicação da norma em apreço<sup>60</sup>. Mais expressamente, escreveu-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.05.2013<sup>61</sup> que a crise financeira, e as crises financeiras em geral, não representam alterações anormais por não serem “imprevisíveis, mas antes sim situações cíclicas e repetidas no tempo”.

Ora, como se conclui do disposto, mesmo em circunstâncias tão extremas como as que vivemos durante a última crise, a aplicação desta disposição é cautelosa. Esta norma está recheada de conceitos que cabe ao aplicador do Direito integrar, como “alteração anormal”, “riscos do contrato” e a própria averiguação do que coloca em causa a boa-fé, o que possibilita uma grande margem para interpretação que deu origem a uma aplicação jurisprudencial bastante restritiva, que favorece a manutenção da estabilidade dos contratos.

A explicação mais óbvia para este fenómeno é a insegurança jurídica que uma utilização libertária desta válvula de escape implicaria e a perda de confiança no poder vinculativo dos contratos.

Na aplicação do art. 437.º CC, têm assim os nossos tribunais considerado que no confronto entre a estabilidade e a segurança jurídica (dos quais decorre a obrigação de cumprimento pontual do contrato) e o princípio da boa fé (que privilegia o equilíbrio contratual), dever-se-á conceder primazia aos primeiros. Mesmo nas situações que a

---

geral e a actividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias”.

<sup>60</sup> Ac. STJ de 10.04.2014, Relator Silva Gonçalves, Proc.º 1167/10.5TBACB-E.C1.S1: “os efeitos da crise económico-financeira aparecida em 2007/2008 não se fizeram sentir na atitude do promitente-vendedor/réu, dela se excluindo, para ele, qualquer alteração anormal das circunstâncias que se apoie na razão da subscrição do contrato-promessa: o preço acordado do imóvel era aquele que correspondia ao seu valor no mercado de imóveis e da assinatura do contrato não resultou para o demandado algum invulgar provento que aponte no sentido de que a manutenção da pactuada promessa consigne um atentado contra os princípios da boa fé”, in *HENRIQUE SOUSA ANTUNES*, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 47 Julho/Setembro 2014, p. 10.

<sup>61</sup> Ac. TRC de 05.11.2013, Relator Avelino Gonçalves, Proc.º 1167/10.5TBACB-E.C1.

doutrina tem vindo a denominar como grandes alterações das circunstâncias<sup>62</sup> (como a crise e os acontecimentos pós-25 de Abril), não existem garantias em como, no caso de recurso aos tribunais, a pretensão da parte lesada será concedida.

---

<sup>62</sup> Vide MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, coord. Jorge Miranda, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, III vol., 2010.



### 3. A Teoria da *Frustration* no Direito Anglo-Americano

Recordada a norma constante do art. 437.º CC, os seus requisitos e como têm os tribunais vindo a aplicá-la, cabe analisar de seguida o Direito Anglo-Americano.

O reflexo do mecanismo português da alteração das circunstâncias adotado em *Common Law* é a teoria da *frustration*, enquanto solução apresentada pelo sistema jurídico para as situações em que as circunstâncias sobre as quais foi fundado o contrato sofreram uma alteração imprevisível, modificadora da economia do contrato e para lá do que as partes previram no momento da celebração. Este reflexo não é, todavia, perfeito, como vai ser possível observar durante a exposição que se segue, nomeadamente quanto ao seu âmbito de aplicação<sup>63</sup>.

Começemos por analisar o percurso e a evolução da *frustration* na sua origem, o Reino Unido, e, posteriormente, nos Estados Unidos (no qual também abordaremos outro instituto, a *impracticability*).

#### 3.1. Reino Unido

##### 3.1.1. A Jurisprudência

A jurisprudência britânica não foi constante ao longo dos séculos, sofrendo uma trajetória natural longe da estagnação. Façamos de seguida um percurso pelas decisões mais relevantes para a construção do que é hoje a teoria da *frustration*, numa perspetiva de análise da sua evolução. Começemos pelo privilégio máximo da manutenção do contrato do *Paradine v. Jane* (1647)<sup>64</sup>, passando pelo nascimento da definição de *frustration* constante do *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*

---

<sup>63</sup> Quer-se aqui fazer referência à impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor que, no Direito Português é tratada em sede própria, nos artigos 790.º e seguintes (não se confundindo com a alteração das circunstâncias dos artigos 437.º e 438.º CC) e que é tradicionalmente incluída no âmbito da teoria da *frustration* do Direito Anglo-americano.

<sup>64</sup> *Paradine v. Jane*: [1647] EWHC KB J5, (1647) Aley 26, 82 ER 897, Mich. 23 Car. Banco Regis., Hil. 22 Car. Rot. 1178, & 1179 (cfr. PAULA WALTER, *Commercial Impracticability in Contracts*, St. John's Law Review, Vol. 61, Winter 1987, Number 2, Article 2, p.230

(1956)<sup>65</sup> e, por fim, pelos desafios que, ainda assim, se apresentam à sua aplicação, como aconteceu nos famosos casos do Canal do Suez<sup>66</sup>.

De modo a facilitar a exposição desta jurisprudência, começaremos por identificar sucintamente os factos e, de seguida, apresentar as decisões e os argumentos basilares destas.

#### 3.1.1.1. *Paradine v. Jane* (1647)

A primeira decisão que abordamos centrou-se num contrato de arrendamento, entre Paradine e Jane, senhorio e arrendatário, respetivamente. Quando este último não procedeu ao pagamento das rendas, contrapartida da disponibilização das terras, Paradine exigiu judicialmente o cumprimento da contraprestação a que o arrendatário se comprometera.

Jane justificou a sua falta de pagamento com o facto de as terras terem sido invadidas e ocupadas por apoiantes do Parlamento (Inglaterra encontrava-se em plena guerra civil, entre apoiantes da Coroa e do Parlamento), pelo que delas não retirava qualquer proveito e, conseqüentemente, não se considerava no dever de manter a sua parte no contrato.

O tribunal suscitou, então, a questão de saber se um arrendatário expulso do locado por um terceiro se mantinha na obrigação de pagar a renda, mesmo já não usufruindo do espaço e, conseqüentemente, se o não pagamento destas rendas constituía incumprimento contratual.

A argumentação do tribunal foi concisa: as partes, e assim o locatário, criaram, voluntariamente, deveres para si mesmas ao celebrar o contrato e tiveram a oportunidade de definir as suas obrigações, direitos e soluções para quaisquer vicissitudes do contrato. Em consequência, estão vinculadas a esse mesmo contrato, tal como o desenharam. Se optaram por não prever contratualmente a situação levada a juízo, é esperado que estejam satisfeitas com a partilha do risco que ali ficou definida. Do mesmo modo, se foi permitido

---

<sup>65</sup> *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*: [1956] 2 All ER 145, [1956] AC 696, [1956] UKHL 3, *cfr.* MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980.

<sup>66</sup> *Cfr infra* 3.1.1.6.

às partes desenharem o contrato de forma a salvaguardar-se de eventuais alterações futuras, e não o fizeram, então ou não o desejaram ou foram negligentes na negociação, pelo que não cabe à Lei protegê-las.

*Paradine v. Jane* remete para uma doutrina muito protetora da autonomia e liberdade contratuais, que privilegia o respeito pelo cumprimento do contrato, mas que, por outro lado, tem como paradigma um contraente altamente cuidadoso e prevenido, que é capaz (ou deveria sê-lo) de equacionar todas as vicissitudes que poderão ocorrer durante a vigência do contrato.

Esta orientação não deixa de ser criticável atendendo ao elevado nível de bom senso e diligência que obriga os agentes a deter e, neste sentido, é falível na proteção que concede. No entanto, ainda que antiga, esta *case law*, continua a ser relevante e invocada, e só começou a ser colocada em causa quase duzentos anos após a decisão, como se verá em seguida.

#### 3.1.1.2. *Taylor v. Caldwell* (1863)

O caso *Taylor v. Caldwell*<sup>67</sup> apresentou a primeira rutura relevante do paradigma de *Paradine v. Jane*. Teve, igualmente, como objeto um contrato de locação, desta vez de um local para eventos, para a realização de vários concertos, entre a *Caldwell & Bishop*, a proprietária do espaço, e a *Taylor & Lewis*, a locatária. Uma semana antes do primeiro concerto, deflagrou um incêndio e o espaço ardeu, não podendo ser utilizado para os espetáculos agendados.

A locatária remeteu a situação para tribunal, considerando que existiu um incumprimento por parte da *Caldwell & Bishop*, por falhar na sua obrigação de disponibilizar o espaço para a realização dos concertos. Tal como em *Paradine v. Jane*, não existiam quaisquer cláusulas contratuais que prevíssem esta eventualidade.

Aplicando a jurisprudência assente até ao momento, a incapacidade da locadora de proceder ao cumprimento pontual da obrigação que, voluntariamente, se dispusera a

---

<sup>67</sup> *Taylor V. Caldwell*: 3 B & S 826, [1863] EWHC QB J1, 122 ER 309 (cfr. VICTOR P GOLDBERG, *After Frustration: Three Cheers for Chandler v. Webster*, Washinton and Lee Law Review, Vol. 68, Issue 3, Summer 6-1-2011, p.1137).

realizar, implicaria um incumprimento e a aplicação de todas as consequências daí resultantes. Todavia, o paradigma mudou e foi considerada a existência de uma condição da eficácia do contrato: a existência do locado. Esta condição não está explícita, todavia nada naquele contrato, tal como fora configurado, faria sentido se a existência do locado não se confirmasse – tal como as prestações a que as partes se comprometeram seriam substancialmente diferentes sem o locado. A existência do locado forma, assim, uma condição implícita, que, se tivesse sido alvo das atenções das partes na negociação, teria sido aceite e faria parte do clausulado. Tendo desaparecido a condição implícita, e não sendo a sua destruição imputável a nenhuma das partes, o contrato não deveria manter-se.

O caso foi, assim, decidido contra a locatária e a proprietária do local viu-se desobrigada de cumprir a sua obrigação de disponibilização do espaço.

Esta foi a primeira brecha na jurisprudência clássica<sup>68</sup>, estabelecendo a impossibilidade objetiva, não imputável a nenhuma das partes, como justificação para o não cumprimento. É de notar que, até este momento, a impossibilidade objetiva não era razão bastante para desvincular um contraente da sua prestação, criando uma alocação do risco dura e rigorosa. Por outro lado, esta decisão deu ainda à luz a teoria da condição implícita, posteriormente aplicada, em 1903, naquele que é, provavelmente, o conjunto de decisões jurisprudenciais mais emblemático acerca da temática da alteração das circunstâncias, mesmo para lá do ordenamento de *Common Law*, e que abordaremos de seguida.

### 3.1.1.3. Os *Coronation Cases*

#### A. *Krell v. Henry* (1903)

---

<sup>68</sup> Posteriormente, a teoria da condição implícita foi aplicada a casos de impossibilidade legal, nas situações em que a prestação, posteriormente à vinculação da parte à sua realização, se torna ilegal. Nestes casos, a legalidade da prestação é a condição implícita, havendo uma desobrigação nos casos de ilegalidade. No ordenamento jurídico português, encontra-se uma norma de contornos semelhantes no artigo 280.º, n.º 1 CC, segundo a qual, a legalidade do negócio jurídico é requisito do objeto negocial, sem o qual o negócio é nulo.

Nos *Coronation Cases*<sup>69</sup>, nomeadamente em *Krell v. Henry*<sup>70</sup>, foi discutido o não cumprimento de contratos de locação de varandas nas ruas nos dias em que passaria a procissão de coroação do Rei Eduardo VII, que veio a ser adiada, na sequência de uma doença súbita do rei. Considerou o tribunal que a condição implícita nesses contratos era que a procissão aconteceria naquela data, condição básica e comum às partes e o propósito destes negócios. Deste modo, a alteração da procissão para outros dias que não os previamente definidos provocou a falha na verificação da condição implícita de eficácia do contrato e, assim, as partes não se mantinham adstritas ao cumprimento das obrigações provenientes desse negócio jurídico.

A decisão *Krell v. Henry* foi, provavelmente, a maior abertura do âmbito de aplicação da *frustration*, tendo-se verificado, de seguida, uma enorme restrição do mesmo<sup>71</sup>, justificada pela possibilidade do seu contínuo alargamento e consequente perigo para o princípio do cumprimento dos contratos.

#### B. *Chandler v. Webster* (1904)<sup>72</sup>

Esta decisão foi especialmente importante para se começarem a definir as consequências da aplicação da *frustration*.

---

<sup>69</sup> Os *Coronation Cases* foram um conjunto de várias decisões da jurisprudência inglesa relativas a arrendamentos de casas, quartos e varandas estrategicamente localizados para assistir ao desfile do Rei Eduardo VII, no dia 26 de junho de 1902. Dias antes do grande dia, o Rei sofreu uma apendicite e o desfile foi adiado para 9 de agosto, deixando vários súbditos com contratos de locação para o dia 26 de junho que já não lhes interessavam.

<sup>70</sup> *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740, *cfr.* NICHOLAS R. WEISKOPF, *Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth?*, St. John's Law Review, Vol. 70, Spring 1996, Number 2, Article 3, p. 243 *et seq.*

<sup>71</sup> Não existe melhor exemplo para esta restrição que a decisão *Herne Bay Steamboat Co v Hutton* (1903): no caso, as partes acordaram a locação de um barco, o *Cynthia*, nos dias 28 e 29 de junho de 1902, para assistir à demonstração naval que ocorreria, e era parte da coroação do Rei Eduardo VII. Tal como as restantes comemorações, a demonstração naval foi cancelada e os locatários não utilizaram o *Cynthia*, tendo-se recusado a efetuar o pagamento correspondente. Com circunstâncias muito semelhantes às de *Krell v. Henry*, poder-se-ia optar pelo mesmo resultado, todavia, a decisão foi substancialmente diferente, propondo-se limitar o âmbito de aplicação da teoria. O tribunal não considerou que a demonstração naval consubstanciava a base do contrato, uma vez que o aluguer de um barco ao dia era algo normal e poderia ser utilizado numa variedade de outras atividades (*cfr.* NICHOLAS R. WEISKOPF, *op. cit.* 246).

<sup>72</sup> *Chandler v. Webster* [1904] 1 KB 493 (*cfr.* VICTOR P GOLDBERG, *op. cit.* p.1134 *et seq.*).

No mesmo sentido das restantes decisões que compõem estes casos da coroação, as partes concordaram que Webster alugaria um quarto a Chandler com vista sobre a procissão do rei Eduardo VII, tendo, inclusive, o locatário adiantado parte do pagamento (o pagamento do remanescente teria lugar em momento posterior à procissão). Conforme já referido, o rei adoeceu e o desfile não ocorreu na data prevista.

O locatário exigiu, então, a devolução do adiantamento já entregue, contudo, a sua pretensão não foi concedida, tendo sido decidido que, ao se aplicar a teoria da *frustration* a um contrato, na sequência da ocorrência de um facto superveniente à celebração, apenas as prestações devidas a partir desse facto deixariam de ser devidas. Foi considerado que o contrato não padecia de qualquer vício até aquele momento, pelo que as prestações já efetuadas deveriam manter-se e não haveria lugar à sua restituição, mas apenas à desobrigação das prestações futuras<sup>73</sup>.

#### 3.1.1.4. *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*<sup>74</sup> (1942)

Apesar da forte contestação que resultou do caso *Chandler v. Webster*, foram necessários quase quarenta anos para que fosse introduzida jurisprudência dissidente.

O objeto central desta decisão foi um contrato de compra e venda de máquinas entre duas empresas, uma inglesa e outra polaca. Ficou acordado que estas máquinas seriam entregues pela vendedora (a empresa inglesa) na Polónia no prazo de três a quatro meses, tendo a compradora adiantado parte do preço. O remanescente seria pago na entrega. Nesse entretanto, a Polónia foi invadida pela Alemanha e o Reino Unido declarou guerra a esta última, pelo que a entrega dos bens não ocorreu. A empresa polaca exigiu então a devolução da parte do preço já pago.

O contrato foi julgado “frustrado” pelo tribunal e, assim, as obrigações futuras – entrega das máquinas e pagamento do remanescente – foram consideradas inexigíveis.

---

<sup>73</sup> Por futuras entenda-se, posteriores à ocorrência do facto superveniente modificador das circunstâncias.

<sup>74</sup> *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1942] 2 All ER 122; 111 LKKB 433; 86 Sol Jo 232; 167 LT 101; 58 TLR 308 (cfr. VICTOR P GOLDBERG, *op. cit.*, p.1143 *et seq.*).

Contrariamente ao decidido no caso anterior, o montante pago foi restituído, tendo os decisores concluído que não tinha ocorrido *consideration*<sup>75</sup> naquele contrato, uma vez que as máquinas não tinham sido recebidas. Um preço tinha sido efetivamente pago, todavia, sem a ocorrência de qualquer contrapartida, pelo que a manutenção daquele dinheiro na esfera jurídica da vendedora consubstanciava enriquecimento sem causa.

#### 3.1.1.5. *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council* (1956)

Foi com a jurisprudência de *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* que foi definida a versão da teoria da *frustration* que ainda hoje prevalece e se consolidou na ordem jurídica.

O caso tem como factos principais um contrato para construção de vinte e oito casas em oito meses, o que, na realidade demorou mais catorze meses, na sequência de escassez de mão de obra e matéria prima. Neste contexto, a construtora alegou que o cumprimento da sua obrigação se havia “frustrado”, por ter sido mais oneroso, devendo ser paga de acordo com o *quantum meruit*, ou seja, um valor razoável, que englobasse o preço das matérias primas e do trabalho.

O tribunal não aceitou as alegações da construtora. O contrato, ainda que tardiamente, tinha sido cumprido, pelo que não se encontrava, de modo algum, “frustrado”. Na verdade, o resultado desta querela não é, de todo, o ponto fulcral desta decisão, mas antes a construção da *frustration* que foi empregada: “*frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which undertaken by the contract*”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> *Consideration* é um requisito de eficácia dos contratos no Direito de *Common Law*. Consubstancia-se na troca de benefícios entre as partes.

<sup>76</sup> Tradução livre da autora: “A *frustration* do contrato ocorre quando a lei reconhece que, sem que haja incumprimento por qualquer das partes, uma obrigação contratual não é exigível porque as circunstâncias na qual seria prestada torná-la-iam algo radicalmente diferente do que foi assumido no contrato”.

Esta é uma definição muitíssimo atual e com parecenças nucleares com a alteração das circunstâncias portuguesa, ao determinar que não é necessária a impossibilitação da obrigação, mas apenas que o seu cumprimento, atendendo às novas circunstâncias, seja algo substancialmente diferente do que as partes haviam acordado.

#### 3.1.1.6. *Suez Canal Cases* (1958-1962)<sup>77</sup>

Como os *Coronation Cases*, os *Suez Canal Cases* são decisões paradigmáticas desta matéria nos tribunais ingleses. Se os primeiros o são por estarem na génese da teoria da *frustration*, os últimos recebem esse galardão por demonstrarem os grandes constrangimentos na sua aplicação.

Esta trilogia de casos aconteceu na sequência do encerramento do Canal do Suez, em novembro de 1956, no seguimento do conflito político entre Israel, França, Grã-Bretanha e o Egipto, que nacionalizou o Canal. A rota por este canal era o costume para as embarcações de mercadorias entre o Médio Oriente e a Europa. Em consequência, os navios foram obrigados a utilizar a rota alternativa, pelo cabo da Boa Esperança, perdendo tempo e dinheiro, o que tornou, obviamente, o transporte de mercadoria mais oneroso.

Todavia, não estando previsto nos contratos em causa que o caminho pelo Canal do Suez era aquele pelo qual deveria ser realizada a travessia, os juízes concluíram que não se tratava de um caso de *frustration*. O contraente obrigara-se a levar a carga até à Europa, por um qualquer meio não discriminado no contrato, tal ainda era possível, pelo que o deveria cumprir. Não foi, então, reconhecido, como condição implícita que o transporte teria de ser realizado pelo Canal.

---

<sup>77</sup> Os *Suez Canal Cases* são compostos por três decisões: *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noble Thorl GmbH* (1962), *Albert D. Gaon & Co. v. Société Interprofessionnelle des Oleagineux Fluides Alimentaires* (1960) e *Carapanayoti & Co. v. E. T. Green Ltd.* (1958), cfr. MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980.



### 3.1.2. A Legislação

#### 3.1.2.1. *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*

Para reforçar a opção tomada no *Fibrosa Spolka Akcyjna*<sup>78</sup>, no ano seguinte, o parlamento britânico emitiu legislação no mesmo sentido, através do *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*. Este ato legislativo aplica-se a contratos que se tenham tornado impossíveis ou frustrados e em que, consequentemente, as partes tenham sido desoneradas das suas obrigações<sup>79</sup>.

No sentido da jurisprudência *Fibrosa*, o *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* estabeleceu que, na circunstância de um contrato ser considerado “frustrado”, os pagamentos já realizados por conta daquele mesmo contrato, antes da desoneração, devem ser devolvidos. Igualmente, quaisquer quantias devidas até esse momento e que não tenham sido liquidadas deixam de ser devidas<sup>80</sup>.

Todavia, na circunstância de a parte que deve devolver a prestação pecuniária ter incorrido em despesas no seguimento do cumprimento da sua obrigação resultante do contrato, pode mantê-la, total ou parcialmente, sem exceder o montante da despesa<sup>81</sup>. Por outro lado, se essa parte, em vez de ter incorrido em despesa, tiver recebido um benefício da contraparte deve restituí-lo<sup>82</sup>.

Após este breve incurso pelo Direito Inglês no que respeita à doutrina da *frustration*, podemos concluir que não foi uma evolução linear, mas antes composta de avanços e recuos, com jurisprudência mais permissiva seguida prontamente de outra mais restritiva. No presente, observa-se que os tribunais ingleses não permitem, geralmente, que uma alteração das circunstâncias seja justificação bastante para que um contraente não cumpra a sua prestação.

---

<sup>78</sup> Vide ponto 3.1.1.4.

<sup>79</sup> *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, Chapter 40, section 1(I)*.

<sup>80</sup> *Ibid. section 1(2)*.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> *Ibid. section 1(3)*.

Vejamos, de seguida, como se comportou o Direito Norte-Americano a respeito deste tema.

### 3.2. Estados Unidos da América

O Direito Norte-Americano importou a regra inglesa consagrada em *Paradine v. Jane*<sup>83</sup>, ou seja, privilegiou o cumprimento contratual. Ainda que alguma da sua força original já se encontre perdida, os tribunais norte-americanos mantêm (e talvez ainda mais do que os ingleses) a dificuldade em desobrigar o contraente, ainda que a história seja rica em métodos e doutrinas que o permitam.

Como veremos, as construções americanas foram mais criativas do que as britânicas e apresentaram, para além da *frustration*, o conceito de *impracticability*, que não podemos deixar de analisar, uma vez que preenche parte do espectro do regime português da alteração das circunstâncias.

Optámos por analisar o Direito Norte-Americano, sistematicamente, de forma diferente à que fizemos quanto ao Direito Inglês. Enquanto no Direito Inglês fomos obrigados a recorrer às decisões mais conhecidas e paradigmáticas respeitantes à *frustration*, no Direito Norte-Americano, a nossa tarefa torna-se facilitada pela existência de um instrumento lançado pelo American Law Institute (ALI)<sup>84</sup>, os *Restatement of Contracts*. Este instrumento foi elaborado através de uma colaboração entre várias entidades, profissionais e académicas, para fazer face ao grande volume jurisprudencial. Contém os princípios gerais do Direito dos Contratos pelos quais os profissionais de Direito se guiam. Não possui cariz legislativo, procurando antes apresentar uma sistematização da lei e da jurisprudência existentes, no sentido da sua simplificação e harmonização

---

<sup>83</sup> Vide ponto 3.1.1.1. *supra*.

<sup>84</sup> American Law Institute (ALI): organização de profissionais do Direito cujo objetivo é clarificar a Lei e facilitar a sua aplicação, através da publicação de trabalhos académicos. Para mais sobre o ALI, veja-se a sua página da internet «<https://www.ali.org/>».

Atento o exposto, cremos que uma análise dos *Restatements* representa um panorama adequado ao estudo da evolução do instrumento da *frustration* no Direito Norte-Americano.

### 3.2.1. Pré-*Restatements*

Previamente a 1932<sup>85</sup>, foram escassos os casos registados nos quais um contraente foi considerado desobrigado do cumprimento da sua obrigação devido a uma alteração das circunstâncias<sup>86</sup>. Já era reconhecida a *frustration doctrine* e era referida (ou, pelo menos, citava-se *Krell v. Henry*<sup>87</sup>), mas os tribunais, maioritariamente, optavam pela sua rejeição.

Existem dois casos, contudo, nos quais a doutrina foi aplicada de forma explícita e as obrigações foram consideradas inexigíveis – os dois casos *Alfred Marks Realty Co*<sup>88</sup>.

Na sequência da programação de uma corrida de iates, foi acordado que os réus pagariam para que fossem inseridos anúncios em livros que seriam distribuídos na corrida. Todavia, e devido à erupção da Primeira Guerra Mundial, a corrida foi cancelada. Os livros já haviam sido, contudo, impressos, no entanto, os réus recusaram-se a efetuar os respetivos pagamentos, uma vez que os seus produtos – objeto dos anúncios – se relacionavam com a atividade cancelada. Em ambos os casos, os réus foram considerados desobrigados das suas obrigações pecuniárias. Num deles, o tribunal fundamentou que “*the situation, as it turns out, has frustrated the entire design on which is grounded the promise. [...] The object in mutual contemplation having failed, plaintiff cannot exact the*

---

<sup>85</sup> Ano de emissão do primeiro *Restatement of Contracts*.

<sup>86</sup> Cfr. ARTHUR ANDERSON, *Frustration of Contracts – A Rejected Doctrine*, Vol. 3, Issue 1 Fall-Winter 1953, Article 1, DePaul Law Review, 1953, p. 5.

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 7. O autor faz referência, nomeadamente, ao caso *United States Trading Corp. v. Newmark Grain Co.*, 56 Cal. App. 176, 205 Pac. 29 (1922), no qual foi referida a teoria da *frustration*, mas cujos pressupostos para exonerar o cumprimento não foram considerados preenchidos, e o caso *Moreland v. Credit Guide Publishing Co.*, 255 Mass. 469, 152 N.E. 62 (1926), que mencionou a jurisprudência *Krell v. Henry*, não tendo, no entanto, sido permitida a desobrigação da prestação.

<sup>88</sup> Cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, *op. cit.*, p. 248 *et seq.*

*stipulated payment*”<sup>89</sup>, remetendo para a ideia de frustração do contrato por alteração das circunstâncias que estiveram na base e constituíram propósito da celebração daquele contrato.

No outro caso, foi aplicada a teoria da condição implícita constante da jurisprudência *Taylor v. Caldwell* e *Krell v. Henry*, considerando-se que a realização da corrida consubstanciava condição de eficácia do contrato: “*this contract falls within the well established rule that, where the performance of an agreement depends upon the happening of an event over which neither party has any control, an implied condition will be read into the agreement to the effect that the contract shall be abrogated upon the non-happening of such an event*”<sup>90</sup>.

### 3.2.2. *Restatement of the Law of Contracts* de 1932<sup>91</sup>

Em 1932, o ALI lançou o primeiro *Restatement of the Law of Contracts*. Tratou-se aí a impossibilidade num sentido amplo (*impossibility*), abrangendo a *impracticability*, situação na qual a prestação se mantém possível, mas é consideravelmente mais onerosa do que o previsto inicialmente pelas partes<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> *Alfred Marks Realty Co. v. Hotel Hermitage Co.*, 170 App. Div. 484, 156 N.Y. Supp. 179 (2d Dep’t, 1915): (tradução livre da autora) “a situação, como se veio a demonstrar, frustrou todo o circunstancialismo no qual a promessa assentava. [...] Tendo falhado a representação que as partes haviam feito, o demandante não pode exigir o pagamento estipulado”

<sup>90</sup> *Alfred Marks Realty Co. v. “Churchills.”* 90 N.Y. Misc. 370, 153 N.Y. Supp. 264 (S.Ct., 1915): (tradução livre da autora) “este contrato cai na regra assente de que, quando a prestação de um acordo depende da ocorrência de um evento sobre o qual nenhuma das partes tem controlo, existe uma condição implícita no contrato de que este é resolvido na circunstância de o evento não ocorrer”.

<sup>91</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (First) of Contracts*. Philadelphia, Pa., 1943.

<sup>92</sup> *Cfr. Restatement of the Law of Contracts*, §454: “In the Restatement of this Subject impossibility means not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved” (“Neste Restatement, impossibility significa não apenas a impossibilidade num sentido estrito, mas também impracticability, quando estejam em causa dificuldades irrazoáveis e extremas, custo, dano ou perda”, tradução livre da autora). Este preceito, conjugado com a secção §467 Unanticipated Difficulty (“Except to the extent required by the rules stated in §§455-466, facts existing when a bargain is

Para além disso, foi também acolhida, através a secção §455<sup>93</sup> do *Restatement*, a distinção entre impossibilidade objetiva e subjetiva. A primeira impossibilidade passa-se ao nível da prestação, enquanto a segunda ocorre na sequência da incapacidade do contraente de cumprir. Consagrou-se, no entanto, que apenas a impossibilidade objetiva seria suscetível de desobrigar o contraente.

Nos trabalhos preparatórios deste instrumento, estava ainda incluída neste capítulo acerca da impossibilidade uma secção que lidava com a *frustration*, todavia, acabou por ser decidido separá-las, transplantando a *frustration* para o capítulo sobre “*Conditions; and a Breach of Promise as an excuse for failure to perform a return promise*”. A secção §288 define, então, que “*where the assumed possibility of a desired object or effect to be attained by either party to a contract forms the basis on which both parties enter into it, and this object or effect is or surely will be frustrated, a promisor who is without fault in causing the frustration, and who is harmed thereby, is discharged from the duty of performing his promise unless a contrary intention appears*”<sup>94</sup>. É possível identificar aqui o espírito dos britânicos *Taylor v. Caldwell e Coronation Cases*, e dos domésticos *Alfred Marks Realty Co.* através da assunção da teoria da condição implícita.

---

made or occurring thereafter making performance of a promise more difficult or expensive than the parties anticipate, do not prevent a duty from arising or discharge a duty that has arisen”, “Exceto no âmbito requerido pelas normas constantes dos §§455-466, os factos existentes no momento da celebração do contrato ou que tenham ocorrido posteriormente e que tornem a prestação mais difícil ou onerosa do que os contraentes antecipavam não evitam o surgimento de um dever ou desoneram a obrigação de cumprimento de um dever já existente”, tradução livre da autora), reflete a opção por permitir a desvinculação do contrato apenas em situações muito limitadas e extremas, não sendo permitido quando justificado simplesmente num mero acréscimo da sua dificuldade ou do custo de realização.

<sup>93</sup> *Ibid.* §455: “Impossibility of performing a promise that is not due to the nature of the performance, but wholly to the inability of the individual promisor, neither prevents the formation of a contract nor discharges a duty created by a contract” (“A impossibilidade de cumprimento de uma prestação que não advenha da própria natureza da mesma, mas da incapacidade do contraente, não evita a formação do contrato nem desonera a obrigação criada pelo contrato”, tradução da autora).

<sup>94</sup> “Quando a assunção da possibilidade de um objeto ou efeito ser obtido por qualquer uma das partes forma o pressuposto na qual ambas celebraram o contrato, e esse objeto ou efeito é ou será seguramente negado, o promitente que, sem culpa, ficou lesado, é exonerado da obrigação de cumprimento da prestação, a não ser em caso de uma intenção diversa”, in *Restatement of the Law of Contracts*, §288 “*Frustration of the Object or Effect of the Contract*”.

Em termos práticos, o *Restatement of Contracts* pouco contribuiu para a aceitação pelos tribunais da teoria da *frustration*. Nos vinte anos que se seguiram à sua publicação, continuaram a ser poucas as decisões que desoneraram as partes do cumprimento das obrigações emergentes de um contrato, quer com fundamento no *Restatement of Contracts* (em especial, na secção §288), quer não lhe fazendo qualquer menção<sup>95</sup>. É possível identificar, pelo menos, trinta e quatro casos desse período nos quais os tribunais, ainda que abordando a teoria, não prosseguiram com a sua consequência de desobrigar a parte<sup>96</sup>. Mesmo com acontecimentos que, hipoteticamente, poderiam dar lugar à aplicação desta teoria, como a Grande Depressão e a Segunda Guerra Mundial, a *case law* existente nunca foi de tal modo relevante para fazer dela precedente. Muito pelo contrário, os tribunais pareceram rejeitá-la.

### 3.2.3. *Restatement (Second) of the Law of Contracts*<sup>97</sup> de 1981

Quase cinquenta anos após o primeiro versão do *Restatement*, o ALI lançou o *Restatement (Second) of Contracts*.

Neste novo volume optou-se por separar impossibilidade<sup>98</sup> e *impracticability*, privilegiando-se a inclusão desta última num capítulo conjunto com a *frustration*<sup>99</sup>. Ambas as secções §261 e §265, relativas à *impracticability* e à *frustration*, respetivamente, baseiam-se na existência de um conjunto de circunstâncias nas quais as partes fundaram a sua vontade de contratar e que, em qualquer momento da vigência do contrato, se revelaram não conformes à realidade. Neste contexto, a parte pode exonerar-se do cumprimento da sua obrigação se tiver ocorrido, supervenientemente<sup>100</sup>, um

---

<sup>95</sup> ARTHUR ANDERSON, *op. cit.*, p. 10 *et seq.*

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 21.

<sup>97</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Contracts*. Philadelphia, Pa., 1981.

<sup>98</sup> A impossibilidade deixou de estar expressamente prevista no *Restatement (Second) of Contracts*, todavia, tem sido reconhecida a aplicação da secção relativa à *impracticability* (§261) a situações em que a prestação se tornou absolutamente impossível (*cfr. Restatement (Second) of Contracts, op. cit.*, §261, Comment d).

<sup>99</sup> *Ibid.*, capítulo 11 – *Impracticability Of Performance And Frustration Of Purpose*.

<sup>100</sup> Tal como acontece no regime da alteração das circunstâncias no Direito Português, o evento alterador das circunstâncias tem de ocorrer posteriormente à celebração do contrato, ou a situação é regulada por

qualquer evento cuja não verificação é condição implícita do contrato para as partes (provavelmente, inspiração pela jurisprudência de *Taylor v. Caldwell*).

#### A. *Discharge by Supervening Impracticability*

A secção §261, dedicada à *impracticability*, inicia-se da seguinte forma: “Where, after a contract is made, a party’s performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”<sup>101</sup>.

Na definição do conceito, constante do comentário à secção pelo ALI é referido, logo à partida que, geralmente, caem nesta secção eventos acionados por atos de terceiros ou por *acts of God*<sup>102/103</sup>. Contrariamente à impossibilidade, a realização da prestação não tem de ser impossível fisicamente, mas antes irrazoável e extremamente difícil, onerosa ou danosa para uma das partes. Nesta segunda versão do documento, foi retirado o anterior §467, todavia, mantém-se que o aumento da dificuldade ou do custo, por exemplo, devido a aumentos salariais, do preço de matérias primas ou de construção, apenas deve ser considerado se ultrapassar o normal<sup>104</sup>.

Conforme já adiantado *supra*<sup>105</sup>, é condição para a aplicação desta secção que o evento venha alterar as circunstâncias nas quais ambas as partes, e não apenas uma, fundaram a sua decisão de contratar, nos moldes nos quais o fizeram. É apresentado como

---

outros institutos, como os vícios na formação da vontade (no Direito Português) e o *mistake* (no Direito Norte-Americano).

<sup>101</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, (1981), §261: “Quando, após a celebração de um contrato, a prestação de uma das partes, sem a sua culpa, se torna *impracticable* pela ocorrência de um evento ou não verificação de um pressuposto sobre o qual o contrato foi celebrado, a prestação torna-se inexigível, a não ser que a redação ou as circunstâncias impliquem o contrário”, tradução da autora).

<sup>102</sup> Evento resultante de causas naturais, imprevisível e que não pode ser impedido (*cfr. Act of God*, Legal Information Institute, Cornell Law School, disponível em <[https://www.law.cornell.edu/wex/act\\_of\\_god](https://www.law.cornell.edu/wex/act_of_god)>).

<sup>103</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, *op. cit.*, §261, Comment d).

<sup>104</sup> *Idem*. A aferição do normal pressupõe uma análise casuística que observe a diferença entre o custo expectável e o custo real, atendendo ao grau de assunção de risco [*cfr. Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966)].

<sup>105</sup> *Cfr.* ponto 3.2.3.

exemplo a existência de um objeto necessário à prestação. Por outro lado, é adiantado que alterações de mercado, normalmente, não consubstanciam este tipo de circunstâncias.

### B. *Discharge by Supervening Frustration*

A construção da *frustration* no *Restatement (Second) of Contracts* é, em tudo, equivalente à apresentada para a *impracticability*, com a diferença de que, nesta, a alteração consubstancia o desaparecimento do propósito que uma das partes pretendia com o contrato<sup>106</sup>. Este propósito tem de ser o objetivo principal pretendido com o negócio, formando a base do contrato, de tal forma que ambos os contraentes estão cientes que a transação, sem ele, não faria sentido<sup>107</sup>. A alteração, por seu lado (para além da sua não verificação ser uma condição implícita do contrato) deve ser substancial, não sendo o bastante um qualquer dano ou diminuição de lucro, mas antes a “*frustration must be so severe that it is not fairly to be regarded as within the risks that he assumed under the contract*”<sup>108/109</sup>.

### C. Os Remédios

A secção §272 do *Restatement (Second) of Contracts* concentra-se nas respostas para as situações reconduzíveis às secções §261 e §265 (que tratam a *impracticability* e a

---

<sup>106</sup> Cfr. *Restatement (Second) of Contracts*, (1981), *op. cit.* §265: “Where, after a contract is made, a party’s principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”, (“Quando, após a celebração de um contrato, a causa que levou a que a parte a contratar é, sem sua culpa, substancialmente *frustrated* pela ocorrência de um evento ou não verificação de um pressuposto sobre o qual o contrato foi celebrado, a prestação torna-se inexigível, a não ser que a redação ou as circunstâncias impliquem o contrário”, tradução da autora).

<sup>107</sup> *Idem*, comentário (a) ao §265.

<sup>108</sup> *Idem*. “A *frustration* deve ser de tal modo severa que não é justo que seja considerada como incluída nos riscos que a parte assumiu com o contrato”, tradução da autora).

<sup>109</sup> Não se pode deixar de notar as similitudes que esta formulação apresenta com o art. 437.º CC. Ambos fazem excluir a sua aplicação a alterações provocadas pelos riscos próprios do contracto.



*frustration*, respetivamente) já discutidas, após ocorrer a desobrigação do cumprimento da prestação nos termos acordados.

A solução primordial é a *restitution*<sup>110</sup>, ou seja, a devolução dos benefícios à parte que se viu lesada pela alteração das circunstâncias pela outra contraente. No caso de a *restitution*, em conjugação com o Capítulo 16, que contém as instruções gerais relativas a remédios aplicadas a todo o *Restatement (Second) of Contracts*, não ser a mais justa, a secção §272(2)<sup>111</sup> permite que tribunal encontre uma resposta diferente, baseada no interesse das partes. O comentário c. a esta secção<sup>112</sup> remete para a secção §204<sup>113</sup>, concedendo poder ao tribunal para, na falta de estipulação das partes que forneça uma resposta, ele mesmo construir uma solução, atendendo a valores de justiça, equidade, e ao que as partes teriam escolhido para si próprias, se tivessem previsto a situação. Isto vai

---

<sup>110</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, op. cit. §272(1).

<sup>111</sup> *Idem* §272(2): “In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests” (“Em qualquer caso regulado pelas normas previstas neste Capítulo, se a conjugação dessas normas com as previstas no Capítulo 16 não evitar injustiça, o tribunal poderá procurar a solução exigida pela justiça e pela proteção da confiança das partes”, tradução livre da autora).

<sup>112</sup> *Idem* §272 comentário (c): “Supplying a term to avoid injustice: Under the rule stated in section 204, when the parties have not agreed to a term that is essential to a determination of their rights and duties, the court will supply a term that is reasonable in the circumstances. Since it is the rationale of this Chapter that, in a case of impracticability or frustration, the contract does not cover the case that has arisen, the court's function generally can be viewed as that set out in section 204 of the Restatement of supplying a term to deal with the omitted case” (“Proporcionar uma cláusula para evitar injustiça: Ao abrigo da norma prevista na *section* 204, quando as partes não concordem quanto a uma cláusula essencial na determinação dos seus direitos e obrigações, o tribunal irá proporcionar a cláusula que é razoável naquelas circunstâncias. Uma vez que é a *ratio* deste Capítulo que, no caso de *impracticability* ou *frustration*, o contrato não preveja a circunstância que surgiu, a função do tribunal pode ser geralmente considerada como a prevista na *section* 204 do *Restatement*, de proporcionar uma cláusula que preveja o caso omissis”, tradução da autora).

<sup>113</sup> *Idem* §204: “When the parties to a bargain sufficiently defined to be a contract have not agreed with respect to a term which is essential to a determination of their rights and duties, a term which is reasonable in the circumstances is supplied by the court”, (“Quando as partes de um acordo suficientemente bem definido para ser um contrato não concordarem quanto a uma cláusula essencial na determinação dos seus direitos e obrigações, uma cláusula razoável para aquelas circunstâncias será fornecida pelo tribunal”, tradução da autora).

permitir uma modificação do contrato, em vez da sua desobrigação ou, por exemplo, uma *restitution* parcial e não sobre a totalidade do benefício.

### 3.2.4. A Prática Jurisprudencial

Ainda que os *Restatements* tenham sido baseados em decisões jurisprudenciais, e a jurisprudência, por sua vez, seja influenciada pelos *Restatements*, mesmo no calor da publicação do *Restatement (Second) of Contracts*, a jurisprudência mostrou-se pouco disponível a não exigir o cumprimento de uma prestação em situações hipoteticamente enquadráveis nos institutos da *frustration* ou da *impracticability*<sup>114</sup>. Foi, inclusive, referido, expressamente, pelo tribunal na decisão *Kel-Kim Corporation v. Central Markets, INC.*, de 1987, que as doutrinas que permitem a desobrigação do cumprimento de uma prestação são aplicadas restritamente e apenas em situações extremas<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Como exemplo dos argumentos utilizados pelos tribunais para não desobrigar a parte da prestação, nos primeiros anos após o lançamento do *Restatement (Second) of Contracts*: *United States v. Grayson*, 879 F.2d 620, 624 (9th Cir 1989); *Arabian Score v. Lasma Arabian Ltd*, 814 F.2d 529 (1987); *Rivas Paniagua, Inc. v. World Airways, Inc.*, 673 F. Supp. 708 (S.D.N.Y. 1987), *cfr.* NICHOLAS R. WEISKOPF, *op. cit.*, p. 261 *et seq.*

<sup>115</sup> *Kel Kim Corp. v. Cent. Markets, Inc.*, 70 N.Y.2d 900, 524 N.Y.S.2d 389, 519 N.E.2d 295 (1987): “Generally, once a party to a contract has made a promise, that party must perform or respond in damages for its failure, even when unforeseen circumstances make performance burdensome; until the late nineteenth century even impossibility of performance did not provide a defense. While such defenses have been recognized in the Common Law, they have been applied narrowly, due in part to judicial recognition that the purpose of contract law is to allocate the risks that might affect performance and that performance should be excused only in extreme circumstance” (tradução livre da autora: “Geralmente, uma vez que um contraente celebra o contrato, deve cumprir ou responder pelos danos do seu incumprimento, mesmo quando circunstâncias imprevisíveis tenham tornado a prestação onerosa; até ao fim do século XIX, mesmo a impossibilidade da prestação não constituía defesa. Ainda que essas defesas tenham sido reconhecidas em *Common Law*, têm sido aplicadas restritamente, devido, em parte, ao reconhecimento judicial que o fim da lei dos contratos é alocar riscos que podem afetar a prestação e essa prestação apenas deve deixar de ser exigível em situações extremas”). Decisão disponível para consulta no *site* de coletânea de jurisprudência norte-americana CASEMINE, em «<https://www.casemine.com/judgement/us/59148c0eadd7b0493452bfe3>».

Num caso mais recente<sup>116</sup>, foi reiterada a concepção de que as partes devem ser diligentes na negociação e na definição do clausulado dos negócios onde intervêm. No contrato em questão, Gurwitz e a Mercantile acordaram que o primeiro venderia as suas ações de uma empresa e renunciaria ao seu cargo de presidente, na contrapartida de \$456.000,00 a pagar pela segunda, em prestações mensais, durante um período de seis anos. A Mercantile apenas efetuou o pagamento da primeira tranche, o que levou a contraparte a exigir judicialmente o cumprimento.

A ré defendeu-se, argumentando que, na sequência da proliferação da internet, a indústria tipográfica (da qual fazia parte) tinha-se degradado, o cumprimento tinha-se tornado impossível ou impraticável, e a causa do contrato frustrada.

O tribunal não aceitou a justificação da Mercantile. Começou por referir que as alterações dos mercados são acontecimentos previsíveis nas economias de mercado, ainda que a sua razão (a proliferação da internet) não o seja. Como maior argumento, acrescentou ainda que o contraente não pode alegar *frustration* apelando a uma alteração que estava na sua esfera de risco, uma vez que se poderia ter protegido contratualmente contra essa circunstância. A ré deveria ter previsto a possibilidade da alteração ou de uma qualquer alteração, mesmo que em termos gerais, e incluído uma cláusula que exigisse uma modificação/renegociação, ou mesmo a resolução do contrato, na sua eventualidade.

Num outro caso<sup>117</sup>, o argumento da parte lesada a favor desvinculação do cumprimento da prestação baseava-se no aumento do preço de mercado do cimento. Em primeiro lugar, o tribunal recordou a secção §265 do *Restatement (Second) of Contracts*, que indica que a simples maior onerosidade não implica a exoneração do cumprimento. Em segundo lugar, considerou que as partes tinham acordado que o preço se deveria

---

<sup>116</sup> *Gurwits v. Mercantile/Image Press, No.*, No. 051887A. (Mass. Cmmw. May. 15, 2006), decisão disponível para consulta no site de coletânea de jurisprudência norte-americana CASEMINE, em «<https://www.casemine.com/judgement/us/5914b543add7b04934771776>».

<sup>117</sup> *Tilcon New York, Inc v. Morris County Cooperative*, Docket A-5453-10T3 (2014), decisão disponível para consulta no site de coletânea de jurisprudência norte-americana CASEMINE, em «<https://www.casemine.com/judgement/us/5914f161add7b0493497ad6e>».

manter fixo e independente de quaisquer alterações do mercado, ou diferente estaria estipulado no contrato<sup>118</sup>.

Analisando os hábitos da jurisprudência norte-americana no que toca à desobrigação do cumprimento, especialmente estes dois casos mais recentes, somos confrontados com várias versões diferentes da mesma ideia: as partes desenharam o contrato desta forma, dividindo entre si os riscos, pelo que este contrato resulta da ponderação dos desejos de ambas e é a sua representação perfeita. Seguindo esta premissa, apenas faz sentido desobrigar as partes quando a alteração seja de tal modo extrema que escape totalmente aos seus pensamentos na contratação.

Existe, então, um apelo dos tribunais norte-americanos (e também nos ingleses) à diligência e prudência na elaboração dos negócios jurídicos, que foi respondida com as cláusulas objeto da análise que se segue no Capítulo 5., a saber, a cláusula de *hardship* e cláusula *material adverse change*.

---

<sup>118</sup> Este argumento é apoiado na circunstância de uma das partes ser uma cooperativa e recomendações institucionais aplicadas às cooperativas privilegiarem preços indexados aos valores de mercado, o que as partes recusaram.

#### 4. Síntese - Confronto Entre os Ordenamentos Jurídicos Analisados

Aqui chegados, faz sentido que procuremos sintetizar sumariamente as principais diferenças e semelhanças entre os três sistemas jurídicos que analisámos, antes de proceder para o estudo da resposta contratual dos sujeitos a uma alteração das circunstâncias.

Começamos por identificar o objetivo comum aos institutos estudados: trazer uma solução para as situações em que, posteriormente à celebração do contrato, as circunstâncias que envolvem o negócio são modificadas de tal forma que provocam danos para uma das partes, chocando com princípios de justiça e boa-fé.

Se em Portugal foi consagrado no artigo 437.º CC o regime da alteração superveniente das circunstâncias, o seu correspondente funcional nos Direitos Anglo-Americanos encontra-se consubstanciado na teoria da *frustration* (e, no caso do Norte-Americano, também da *impracticability*<sup>119</sup>). Atendendo à natureza das suas fontes principais, é natural que a própria *frustration* tenha sofrido uma evolução ao longo dos tempos, patente nas várias decisões jurisprudências sugeridas. Ainda que não se possa dizer que a construção portuguesa da alteração das circunstâncias se manteve completamente estabilizada, desde a sua consagração expressa que se mantém inalterada, tal como a interpretação que tem sido feita dela.

Relativamente ao seu âmbito, todos os três institutos são aplicáveis às situações nas quais a prestação ainda é possível, contudo, possuem requisitos diferentes. A lei portuguesa exige um dano para uma das partes e a lesão da boa-fé, resultando no desequilíbrio económico do contrato. A lei inglesa, por sua vez, apresenta-nos uma definição algo obscura, considerando que a prestação se deve ter tornado algo substancialmente diferente do acordado.

O Direito Norte-Americano contém várias particularidades. Em primeiro lugar, consagra dois institutos diferentes que trabalham a matéria da alteração superveniente das circunstâncias: *impracticability* e *frustration*. O primeiro abrange uma alteração que torna a prestação extremamente difícil, onerosa ou danosa. O segundo é baseado no

---

<sup>119</sup> Daqui em diante, por razões de simplificação, quando se mencionar unicamente *frustration*, deverá entender-se num sentido amplo, incluindo a *impracticability*.

desaparecimento da causa ou do propósito que as partes tinham quando celebraram o contrato, sendo possível remetê-lo, em última instância, para uma jurisprudência como a aplicada nos *Coronation Cases*.

Como segunda particularidade do Direito Norte-Americano, observamos que se tem aplicado o instituto da *impracticability* previsto no *Restatement (Second) of Contracts* não apenas às situações em que a prestação se mantém possível, mas também quando deixa de o ser. Tal representa, provavelmente, uma adaptação ao facto de a impossibilidade ter deixado de constar expressamente daquele documento.

Quanto ao resultado da aplicação destes instrumentos, todos os ordenamentos têm em comum a desvinculação das partes do cumprimento das suas obrigações. No Direito Português, desde que não estejamos perante um contrato de execução duradoura ou uma das outras situações previstas no art. 434.º, n.º 2 CC, as prestações já efetuadas devem ser restituídas a quem as tenhas prestado. O Direito Norte-Americano também adotou prontamente esta opção pela restituição do já prestado. Por sua vez, o caminho que o Direito Inglês fez foi mais sinuoso, salvaguardando, num primeiro momento<sup>120</sup>, as prestações já efetuadas, que deviam ser mantidas pela contraparte. Posteriormente, essa jurisprudência foi retificada e passou a proceder-se à devolução das prestações já realizadas.

Para além desta solução, tanto o Direito Português como o Norte-Americano apresentam outras possibilidades (ou, melhor dizendo, possuem uma outra solução em comum). O artigo 437.º do CC nacional permite a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Nos Estados Unidos da América, admite-se que a destruição do contrato possa não ser a solução mais justa e, então, permite-se que o tribunal adapte o contrato às novas circunstâncias, atendendo a valores de justiça, equidade e ao que as partes teriam decidido caso tivessem previsto a alteração.

Comum a todos estes ordenamentos é a dificuldade que os tribunais têm apresentado em utilizar estes instrumentos para, efetivamente, permitir aos contratantes lesados por uma alteração superveniente das circunstâncias desvincular-se do contrato ou procurar a sua modificação. Consequentemente, os sujeitos intervenientes dos negócios jurídicos adaptaram-se, como veremos já de seguida.

---

<sup>120</sup> Vide *Chandler v. Webster*, ponto 3.1.1.3.

## 5. A Resposta dos Sujeitos Contratantes

Como pudemos observar, existe renitência dos tribunais, quer portugueses quer estrangeiros, em conceder uma solução efetiva e útil para as situações de alteração das circunstâncias. Não só existe esta renitência, como já foi, inclusive, considerado pelos tribunais ingleses que as partes contratantes devem ser de tal modo diligentes na formalização dos seus contratos, que quem não o faz não é digno de proteção jurídica<sup>121</sup>.

Acresce que vivemos num mundo global onde negociar com agentes de outros países tornou-se parte do quotidiano das sociedades comerciais. Ora, nem todos os ordenamentos jurídicos preveem qualquer forma de resposta a alterações imprevisíveis das circunstâncias sobre as quais um contrato é celebrado (ou, se a têm, pode não ser a mais eficiente aos olhos de quem contrata).

Observe-se o regime inglês, no qual a única solução existente, até ao momento, é a morte do contrato. As partes investiram tempo e recursos numa negociação talvez complexa, talvez relevante para a sua economia, e a única forma de escaparem a um qualquer dano abominável é sacrificarem todo o trabalho e meios empregues, destruindo o contrato. Se o desejarem, poderão recomeçar negociações do zero, mas, possivelmente, não apenas relativamente aos fatores que sofreram a alteração, a não ser sobre todo o conteúdo do contrato, uma vez que essa janela foi aberta. Compreende-se que os sujeitos pretendam escapar a esta maçã envenenada, favorecendo uma solução menos onerosa e mais célere e direta ao problema.

Este conjunto de fatores tornou comum que os contratos de comércio internacional passassem a incluir cláusulas que previsses tais situações e respetivos remédios, algumas delas funcionando como cláusulas de garantia e alvo de intensa negociação. Abordaremos de seguida duas dessas cláusulas, a cláusula de *hardship* e a cláusula *material adverse chance*, que hoje em dia já foram adotadas plenamente pelos agentes económicos do nosso sistema e não se cingem aos contratos internacionais.

---

<sup>121</sup> Vide *Paradine v. Jane*, ponto 3.1.1.1.

### 5.1. A Cláusula de *Hardship*

Como já referimos oportunamente, a cláusula de *hardship* viu o seu nascimento graças ao comércio internacional, na década de 70<sup>122</sup>, por um lado, devido ao facto de nem todos os ordenamentos jurídicos preverem uma solução para a alteração de circunstâncias, e, por outro lado, dada a insatisfação dos intervenientes com a eficácia das soluções existentes.

Adotando a definição de cláusulas de *hardship* de Pinto Monteiro e Vieira Gomes<sup>123</sup>, são estas “aquelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocorre uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato”. Isto é, a cláusula de *hardship*, na sua forma geral e, obviamente, suscetível de negociação e, consequentemente, variável, permite a renegociação do contrato na ocorrência de uma alteração adversa das suas circunstâncias fundadoras que provoque um desequilíbrio no próprio contrato. A expressão «hardship» remete, exatamente, para as dificuldades com as quais as partes se podem deparar durante a execução do contrato<sup>124</sup>.

O seu objetivo último é, portanto, manter o equilíbrio global das prestações a que as partes se obrigaram<sup>125</sup> e assegurar a manutenção da relação contratual, através da renegociação do contrato, prevenindo uma eventual situação de incumprimento ou uma resolução à luz da lei nacional a qual se encontre subordinado. A cláusula cria um Direito à medida das necessidades e dos interesses das partes contratantes, por oposição aos Direitos nacionais. É, assim, uma espécie de *rebus sic stantibus* negociada, com critérios de aplicação adaptáveis às circunstâncias das partes e à negociação em causa, e que exclua o que estas consideram dever manter-se no âmbito do risco do negócio. Neste contexto, há quem nomeie a cláusula de *hardship* uma cláusula *rebus sic stantibus* aperfeiçoada<sup>126</sup>.

É, contudo, possível defender a desnecessidade da inclusão desta cláusula no comércio internacional, por já ser de tal modo usual que é parte da *lex mercatoria* e dos

---

<sup>122</sup> MARIA LÚCIA PEREIRA DE BRITO, *op. cit.* p. 34.

<sup>123</sup> *Ibidem* p. 21.

<sup>124</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *op. cit.* p. 22.

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Teoría de La Imprevisión y Cláusula de Hardship*, Revista Roma e America, 2002, p. 62.



usos das transações comerciais internacionais. Ao mesmo tempo, pode defender-se que a boa-fé, enquanto princípio orientador geral do mundo jurídico e negocial, impõe uma obrigação implícita de renegociação do contrato nos casos em que a alteração circunstancial prejudique o equilíbrio económico e a justiça do contrato.

#### 5.1.1. A Redação da Cláusula

Várias entidades internacionais, como o UNIDROIT<sup>127</sup> e a Câmara de Comércio Internacional<sup>128</sup>, despenderam atenção à matéria da alteração das circunstâncias que constituíram a base do negócio e avançaram com orientações que podem ser adotadas pelos intervenientes negociais.

Vejamos duas das propostas mais reconhecidas internacionalmente.

##### A. Os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT

Os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais foram publicados pelo UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, a primeira vez, em 1994, com o objetivo de harmonizar o Direito Comercial Internacional e o Direito Comparado. Desde a sua primeira edição, já foram emitidas outras três (em 2004, 2010 e 2016).

---

<sup>127</sup> UNIDROIT - *International Institute for the Unification of Private Law*, é, conforme o seu *site*, uma organização intergovernamental independente, com o propósito de estudar as necessidades e os métodos de modernizar, harmonizar e coordenar o Direito Civil e Comercial entre os Estados, elaborando, para tal, instrumentos legais, princípios e regras uniformes (*cfr.* o *site* oficial do UNIDROIT, «[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)»).

<sup>128</sup> INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Force Majeure Clause 2003*, *ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publishing S.A., 2003, Paris, p. 15 *et seq.*

O artigo 6.2.1<sup>129</sup> dos Princípios de 2016 do UNIDROIT encerra a regra geral de que uma parte num contrato não se pode ter por desobrigada simplesmente porque a obrigação a que se encontrava vinculada se tornou mais onerosa.

A derrogação desta regra encontra-se imediatamente no artigo seguinte, nomeado *Definition of Hardship*<sup>130</sup>:

*“Article 6.2.2 (Definition of hardship): There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party”*<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Article 6.2.1 (*Contract to be observed*) – “Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship”, (“Quando o cumprimento do contrato se tenha tornado mais oneroso para uma das partes, essa parte ainda assim está vinculada a cumprir a sua prestação, nos termos das seguintes normas sobre *hardship*”, tradução da autora).

<sup>130</sup> Conforme consta do comentário ao artigo 6.2.1., “*the phenomenon of hardship has been acknowledged by various legal systems under the guise of other concepts such as frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc. The term “hardship” was chosen because it is widely known in international trade practice as confirmed by the inclusion in many international contracts of so-called “hardship clauses”* (“o fenómeno da *hardship* tem sido reconhecimento por vários sistemas legais, sob a égide de diferentes conceitos como *frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.* O termo *hardship* foi escolhido porque é amplamente reconhecido no comércio internacional, tal como comprova a inclusão em muitos contratos internacionais da chamada cláusula de *hardship*”, tradução livre da autora).

<sup>131</sup> “Existe *hardship* quando a ocorrência de eventos altera substancialmente o equilíbrio do contrato, quer seja porque o custo da prestação de uma parte aumentou, quer porque o valor da prestação que uma parte recebe diminuiu, e (a) o evento ocorreu ou tornou-se conhecido da parte que ficou em desvantagem após a celebração do contrato; (b) o evento era imprevisível para a parte em desvantagem no momento da celebração do contrato; (c) o evento não era controlável pela parte em desvantagem, e (d) o risco do evento não corria pela parte em desvantagem”, tradução da autora.

À luz deste artigo, existe *hardship* na ocorrência de determinado evento que altere fundamentalmente o equilíbrio do contrato, quer seja porque o custo da prestação de uma das partes aumentou, quer porque o valor da prestação a receber por uma das partes diminuiu.

Para além deste, acrescem, ainda, determinados requisitos cumulativos, a saber: i) o evento ocorre ou torna-se conhecido da parte que fica em desvantagem após a celebração do contrato; ii) o evento era imprevisível para a parte em desvantagem no momento da celebração do contrato; iii) o evento não é controlável pela parte em desvantagem, e iv) o risco do evento não corria pela parte em desvantagem.

Quanto aos efeitos da aplicação desta figura, consagra o artigo 6.2.3:

*“Article 6.2.3 (Effects of hardship) - (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium”<sup>132</sup>.*

Resulta desta disposição que a parte que fica na posição de desvantagem, resultante da *hardship*, pode solicitar renegociações, devendo o pedido identificar os factos constitutivos do seu direito. Se da renegociação não resultar um entendimento em tempo útil, qualquer uma das partes pode requerer intervenção judicial que, por sua vez, pode decidir resolver o contrato ou modificá-lo de forma a restabelecer o equilíbrio.

---

<sup>132</sup> “(1) Na circunstância de *hardship*, a parte que fica em desvantagem tem direito a requerer a renegociação do contrato. O pedido deve ser realizado imediatamente e deve indicar os factos constitutivos do direito. (2) O pedido de renegociação não implica, por si só, que a parte em desvantagem retenha o cumprimento da prestação. (3) Se as partes não chegarem a acordo num tempo razoável, qualquer uma pode solicitar a intervenção do tribunal. (4) Se o tribunal considerar que existe *hardship*, pode, se razoável (a) resolver o contrato à data e nos termos que vierem a ser fixados, ou (b) modificar o contrato com vista a restabelecer o equilíbrio”, tradução da autora.

## B. ICC Hardship Clause

Por sua vez, também a Câmara de Comércio Internacional lançou, em 2003, recomendações, no seu *ICC Force Majeure Clause 2003/Hardship Clause 2003*, no qual igualmente constam orientações relativas à cláusula de *force majeure*.

*1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.*

*2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:*

*a. the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that*

*b. it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.*

*3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.*<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> “1. Os contraentes estão adstritos a cumprir as suas obrigações contratuais mesmo se eventos tenham tornado a sua prestação mais onerosa do que o que era razoavelmente antecipado no momento da celebração do contrato.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1, caso o contraente comprove que:

a) o cumprimento da prestação tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento para lá do seu controlo e que não poderia ser razoavelmente considerado no momento da celebração do contrato; e que

A formulação desta cláusula procurou inspiração no Código Civil Italiano e no artigo 6.2.2 dos Princípios do UNIDROIT<sup>134</sup>. Tal como este último, reitera o princípio *pacta sunt servanda* e identifica os requisitos para a sua derrogação, explicitando o carácter excecional de aplicação desta cláusula.

Tal como se encontra redigida, permite que sejam relevantes, para efeitos da sua aplicação, tanto os eventos que tenham ocorrido em momento posterior à celebração do contrato, como aqueles que tiveram lugar em momento anterior, mas que apenas chegaram ao conhecimento das partes posteriormente. Contudo, e como é reconhecido no *ICC Hardship Clause 2003*<sup>135</sup>, nada impede que as partes expressamente limitem o espaço temporal de relevância do evento.

Como requisitos de aplicação desta cláusula, exige-se que o cumprimento da prestação se tenha tornado excessivamente oneroso devido a um evento incontrollável, imprevisível no momento da celebração do contrato e de consequências inevitáveis e inultrapassáveis.

Como consequências, esta formulação da cláusula prevê a renegociação ou a resolução do contrato, esta última tendo como objetivo servir de incentivo à primeira<sup>136</sup>.

Não obstante estas orientações, passíveis de ser utilizadas como cláusulas num contrato, uma vez que o interesse dos sujeitos nesta cláusula é escapar às leis definidas

---

b) o evento ou as suas consequências não poderiam ser razoavelmente evitados ou ultrapassados, as partes estão adstritas, dentro de um prazo razoável após a invocação desta Cláusula, a renegociar os termos do contrato que permitiram as consequências do evento.

3. Nos casos aos quais o parágrafo 2 desta Cláusula se aplique, mas onde a renegociação dos termos do contrato que permitiram as consequências do evento do contrato não resulte num acordo da outra parte, a parte que invoca esta Cláusula tem o direito de resolver o contrato.”, tradução livre.

<sup>134</sup> INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *op. cit.* p. 16.

<sup>135</sup> INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *op. cit.* p. 17.

<sup>136</sup> INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *op. cit.* p. 16.

pelas jurisdições aplicáveis, tem sentido que procurem desenhar uma cláusula à sua medida, ou, pelo menos, adaptar estas sugestões às suas circunstâncias concretas.

A cláusula de *hardship* pode ser construída através de uma formulação geral (e, normalmente, este é o método preferido pelos contratantes<sup>137</sup>), com a utilização de conceitos indeterminados ou, de outra forma, através do recurso à enumeração de um ou mais factos que as partes acordem que devem importar uma renegociação. Existe, naturalmente, à disposição dos contratantes um escopo entre estes dois extremos, cabendo-lhes optar pelos níveis de generalidade e concretização mais à sua medida e à medida do seu negócio.

Usualmente, esta cláusula debruça-se sobre três pontos diferentes. Em primeiro lugar, procura definir o seu âmbito de aplicação, indicando as situações ou uma formulação geral que definam quando deverá existir o dever de renegociar. Em segundo lugar, especifica o procedimento que as negociações e a revisão do contrato devem seguir. Por último, estatui as consequências do seu incumprimento ou do insucesso das renegociações<sup>138</sup>.

Existem alguns elementos que comumente se encontram nas cláusulas de *hardship*<sup>139</sup>.

Em primeiro lugar, é habitual que se exija que a alteração seja substancial, que seja de tal intensidade que justifique a alteração ao contrato. Esta intensidade, contudo, não é aferida em termos absolutos, mas pelo impacto que traz para o equilíbrio económico do contrato e pelos resultados fundamentalmente diferentes daqueles que as partes previram.

Em segundo lugar, pede-se que a alteração provoque injustiça na relação jurídica entre os contratantes. Este elemento pretende introduzir uma vertente moral, bem como a flexibilidade que um conceito vago e indeterminado implica<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> BRUNO OPPETIT, *L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, 101 Clunet 1974. p. 801.

<sup>138</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *op. cit.* p. 22.

<sup>139</sup> BRUNO OPPETIT, *op. cit.* p. 803 *et seq.*

<sup>140</sup> Vejam-se exemplos de cláusulas de *hardship*:

“«In the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the data on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable hardship, they shall consult and show mutual understanding with a view to making such adjustments as would appear to be necessary and such revisions as would be justified by circumstances which could not

### 5.1.2. Distinção da Cláusula Force Majeure

Outra das cláusulas que tem vindo a demonstrar-se comum nos contratos, e pode ser especialmente útil em contratos plurilocalizados, é a chamada cláusula de *force majeure*<sup>141</sup> que procura desobrigar uma das partes contratantes no caso de a sua prestação se ter tornado impossível, *devido a determinado evento imprevisível, extraordinário e*

---

*reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement» (contrat Occidental - S.C.A.P.)*. Tradução livre: “Na circunstância de, durante a vigência deste contrato, a situação geral e/ou a informação segundo a qual este contrato assenta serem substancialmente alteradas de forma a que uma das partes sofra uma *hardship* severa e imprevisível, devem as partes reunir e demonstrar compreensão mútua com vista a realizar os ajustamentos que se mostrem necessários e as revisões que forem justificadas pelas circunstâncias que não poderiam ser razoavelmente previstas à data de celebração deste contrato, de forma a restaurar o seu equilíbrio”.

“«*Substantial hardship shall mean if at any time or from time to time during the term of this agreement without default of the party concerned there is the occurrence of an intervening event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator such that the consequences and effects of which are fundamentally different from what was contemplated by the parties at the time of entering into this agreement (such as, without limitation, the economic consequences and effects of a novel economically available source of energy), which consequences and effects place said party in the situation that then and for the foreseeable future all annual costs (including, without limitation, depreciation and interest) associated with or related to the processed gas which is the subject of this agreement exceed the annual proceeds derived from the sale of said gas*» (contrat Ekofisk)». Tradução livre: “*Hardship* substancial significa que, se em qualquer momento durante vigência deste contrato, sem culpa da parte interessada, ocorrer um evento ou uma alteração das circunstâncias, fora do controlo das partes, e desde que estas ajam de forma razoável e prudente, tornando as suas consequências e efeitos são fundamentalmente diferentes dos contemplados pelas partes no momento de celebração do contrato (nomeadamente, mas sem limitar, as consequências económicas e os efeitos do aparecimento de uma nova fonte de energia), cujas consequências e efeitos colocam uma parte numa situação presente e previsivelmente futura nas quais os custos anuais (incluindo, sem limitar, a depreciação e o juro) associados ou relacionados com o gás natural que é o objeto deste contrato excedem as receitas anuais com a venda do dito gás”, *cfr.* BRUNO OPPETIT, *op. cit.*, p. 801.

<sup>141</sup> Traduzindo-se do francês, cláusula de força maior.

*irresistível*<sup>142</sup>. Conforme o artigo 7.1.7 dos Princípios do UNIDROIT<sup>143</sup>, um contraente pode ver-se desculpado por não cumprir a sua prestação, se provar que tal se deveu a um impedimento imprevisível e para além do seu controlo<sup>144</sup>.

São exemplos paradigmáticos de eventos que, usualmente, se incluem nesta cláusula (e que estão previstos no modelo de cláusula disponibilizado pela Câmara de Comércio Internacional) guerra, insurreição civil ou militar, invasão, atos de terrorismo, sabotagem, epidemias, desastres naturais, greves e *lock-out*<sup>145</sup>.

É impossível negar as semelhanças entre esta cláusula e a cláusula de *hardship*, uma vez que ambas são usuais no comércio internacional e têm como objetivo regular a relação jurídica entre as partes na eventualidade de uma alteração superveniente das circunstâncias fundamentais do negócio, contudo, as duas não devem ser confundidas. A sua principal diferença consubstancia-se na consequência que o evento modificador tem na prestação: enquanto a cláusula de *force majeure* é aplicável às situações em que a prestação se tornou impossível, a cláusula de *hardship* basta-se com um aumento excessivo da sua onerosidade<sup>146</sup>.

## 5.2.Cláusulas *Material Adverse Change* e *Material Adverse Effect*

Ambas as cláusulas *material adverse change* e *material adverse effect* são comumente conhecidas como cláusulas MAC e são utilizadas, sobretudo, em contratos

---

<sup>142</sup> JOSÉ A. ENGRACIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, 4.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de Outubro de 2009, Almedina, 2015, p. 311.

<sup>143</sup> Para além destes, esta cláusula encontra-se, igualmente, prevista ou sugerida no art. 79.º da Convenção de Viena de 1980, no art. 8-108 (1) dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos de 1998 e ainda no *ICC Force Majeure Clause 2003* da Câmara de Comércio Internacional.

<sup>144</sup> Cfr. JOERN RIMKE, “*Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer (1999-2000), pp. 197-243.

<sup>145</sup> JOSÉ A. ENGRACIA ANTUNES, *op. cit.* p. 312.

<sup>146</sup> *Idem.*



de fusão e aquisição e em contratos de financiamento<sup>147</sup>. Estas cláusulas, na sua versão mais comum<sup>148</sup>, permitem às partes recusar-se a concluir a operação, sem qualquer penalização, caso, posteriormente à celebração do contrato, mas antes da sua execução completa, se verifique uma alteração não prevista que importe um impacto negativo para as partes ou para o sucesso da transação<sup>149</sup>.

Tal como as cláusulas de *hardship* e *force majeure*, as MAC representam uma válvula de escape contra a ocorrência de eventos imprevisíveis, contudo, contrariamente à cláusula de *hardship*, o seu objetivo não é a reposição do equilíbrio contratual, mas proteger uma das partes contra uma alteração sofrida pela outra que lhe possa vir a ser prejudicial. A cláusula MAC consubstancia-se, assim, numa cláusula de garantia do mutuante ou do adquirente, caso a transação se tenha tornado prejudicial após a alteração.

Em contexto de contratos de fusão e aquisição, a alteração que implicará o acionamento desvaloriza a sociedade alvo da aquisição de tal forma que, do ponto de vista comercial ou económico, deixa de ser apelativa para o adquirente<sup>150</sup>. São exemplos comuns de eventos passíveis de constituir uma alteração adversa os resultados decorrentes de uma auditoria ou a obtenção de determinadas autorizações<sup>151</sup>.

Focaremos, contudo, a nossa análise na inclusão de cláusulas MAC em contratos de financiamento.

Os principais objetivos destas cláusulas são proteger o mutuante de alterações súbitas da saúde financeira do mutuário, flutuações drásticas do mercado e, no geral, de quaisquer situações imprevisíveis que possam implicar a incapacidade do mutuário de restituir o

---

<sup>147</sup> BERNARDO TEIXEIRA DE ABREU, *O Financiamento para Aquisição de Empresas Societárias Não Cotadas*, Tese de Mestrado sob a orientação do Professor Doutor Paulo Câmara, Universidade Católica do Porto, 2012, p. 32.

<sup>148</sup> Naturalmente, à luz do princípio da autonomia privada, será sempre possível às partes estatuírem as consequências da aplicação desta cláusula que bem desejarem. Assim, ainda que, na sua forma usual, a cláusula MAC implique a destruição do contrato, nada obsta a que os agentes prefiram estatuir um dever de renegociação dos termos contratuais.

<sup>149</sup> THEODORE N. MIRVIS, *Takeover Law and Practice 2010*, 1808 Practising Law, Inst. Corp., 2010, p.611.

<sup>150</sup> ROBERT MILLER, *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*, 50 WM. & Mary L. Rev. 2, 2009, p. 2012.

<sup>151</sup> BERNARDO TEIXEIRA DE ABREU, *op. cit.* p. 33.

capital mutuado e pagar os juros. Neste sentido, a cláusula funciona também como método de distribuição do risco, imputando ao mutuário o risco de ocorrência destas alterações.

O que as partes entendem como alteração material adversa deverá constar do contrato. As circunstâncias que podem ser enquadradas numa alteração material adversa dependem do que as partes desejam que seja abrangido pela definição, e costumam, inclusive, ser alvo de negociações acesas. São, contudo, exemplos paradigmáticos os eventos que prejudiquem a capacidade do mutuante de cumprir pontual e atempadamente as suas obrigações decorrentes do contrato de financiamento ou que façam diminuir o valor da garantia prestada.

#### 5.2.1. A Redação da Cláusula

Nos contratos de financiamento, normalmente, encontramos estas cláusulas numa de duas formas ou mesmo em ambas, em simultâneo: enquanto condição do financiamento ou como *event of default*, ou seja, situação de incumprimento.

A cláusula MAC enquanto condição de financiamento implica que o mutuante não é obrigado a permitir qualquer saque ou a fornecer qualquer montante se tiver ocorrido uma alteração material adversa.

Veja-se um exemplo em sede de *project finance*:

##### “1. Condition Precedent

A Financier is not obliged to provide any drawdown until the Facility Agent is satisfied that there has been no change in:

- The commercial, operational or economic viability of the Project from that contemplated in the Plan or Feasibility Study;

- The business, condition (financial or otherwise), operations, performance or assets of the Company, which is, or is likely to be, a Material Adverse Event”<sup>152</sup>.

Por sua vez, quando caracterizada como *event of default*, a MAC permite ao mutuante acionar as respostas contratualizadas para o incumprimento, nomeadamente, exigir o vencimento antecipado das prestações ainda devidas pelo mutuário.

Nesta situação, constará do elenco de situações suscetíveis de consubstanciar incumprimento uma definição de alteração material adversa, como no exemplo que se segue:

“1. Material Adverse Event

Material Adverse Event means something which, in the opinion of the Facility Agent, materially adversely affects:

- The Company’s ability to comply with its obligations under any Transaction Document or to carry on its business as it is being conducted at the time immediately preceding the event;
- The value of the Secured Property; or
- The rights of the Financier under a Transaction Document”<sup>153</sup>.

Naturalmente, a redação da cláusula está sujeita a autonomia privada. Em consequência, os contraentes podem optar por diversas técnicas de redação, preferindo

---

<sup>152</sup> «1. Condição de Financiamento:

O Financiador não é obrigado a permitir qualquer saque até que o Banco Organizador esteja convicto de que não ocorreu uma alteração:

- na viabilidade comercial, operacional ou económica do Projeto contempladas no Plano;
- no negócio, condição (financeira, ou outra), operações, performance ou ativos da Empresa, que é, ou é provável que seja, um Evento Material Adverso» (tradução livre), in DAMIAN McNAIR, *Material adverse change clauses*, PricewaterhouseCoopers, 2016.

<sup>153</sup> «1. Evento Material Adverso

Um Evento Material Adverso significa algo que, na opinião do Banco Organizador, afeta materialmente:

- A capacidade da Empresa de cumprir com as obrigações emergentes deste Contrato ou continuar os seus negócios da mesma forma que tem feito até ao momento imediatamente anterior ao evento;
- o valor da garantia prestada; ou
- os direitos do Financiador sob este Contrato» (tradução da autora), in *idem*.

uma noção genérica do que poderá vir a constituir uma alteração material adversa, ou identificando situações concretas subsumíveis ao conceito, ou, inclusive, uma mistura de ambas.

Vejamos, de seguida, exemplos concretos de cláusulas MAC utilizadas no tráfego comercial.

#### A. As Minutas da Loan Market Association

O paradigma de muitos contractos de financiamento a nível internacional são as minutas que a Loan Market Association (LMA) disponibiliza aos seus membros. Deste modo, pensamos que as suas minutas poderão ajudar-nos a compreender as diversas formas que as cláusulas MAC podem apresentar.

Analizando o *Single Currency Term Facility Agreement*, que representa um contrato quadro de empréstimo sindicado, observa-se a utilização das MAC de três formas: enquanto situação de incumprimento *per se*, enquanto situação de incumprimento por *misrepresentation* e enquanto condição de financiamento.

Nas duas primeiras utilizações identificadas, a MAC encontra-se plasmada enquanto *event of default*. Na primeira, determina-se que a ocorrência de uma alteração material adversa implica um incumprimento e, conseqüentemente, concede o direito ao mutuante de exigir o vencimento antecipado do capital. Nesta minuta é elencada uma *material adverse change* como *event of default*, deixando, contudo, a sua concretização à consideração dos contratantes.

A outra utilização enquanto *event of default* ocorre por vias das *representations*. As *representations* são declarações do mutuário, existindo no *Single Currency Term Facility Agreement* uma cláusula composta por várias destas declarações, incluindo, por exemplo, a declaração de que ambas as partes são sociedades regularmente constituídas ou que não existem litígios pendentes que poderão alterar substancialmente a situação do mutuário.

No que releva para a análise que nos propomos fazer, as *representations* incluem a declaração do mutuário em como não ocorreu qualquer alteração material adversa durante

um determinado período, normalmente, entre a celebração e a execução do contrato<sup>154</sup>. Uma declaração incorreta ou enganosa (isto é, uma *misrepresentation*) consubstancia um evento de incumprimento e poderá implicar o vencimento antecipado da obrigação de reembolso.

Por último, a MAC é ainda apresentada nas *conditions precedent*, ou seja, nas condições de financiamento. Lê-se no *Single Currency Term Facility Agreement*: 4.2. *The Lenders will only be obliged to comply with Clause 5.4 (Lenders' participation) if on the date of the Utilisation Request and on the proposed Utilisation Date (b) the Repeating Representations to be made by each Obligor are true in all material respects*<sup>155</sup>.

Conforme esclarecido acima, a não ocorrência de uma alteração adversa das circunstâncias encontra-se enquadrada no elenco de *representations*. Assim, é condição para que o mutuante disponibilize os montantes contratados que as declarações do mutuário (nomeadamente, que não ocorreu nenhuma alteração material adversa) sejam verdadeiras.

Estas condições devem verificar-se não apenas no momento da disponibilização inicial de fundos, mas sempre que existam outros saques durante a vigência do contrato (como acontece no caso de contratos de financiamento em conta corrente) – a chamada *repetition*.

Existem outras minutas disponibilizadas pela LMA que sugerem definições para alteração adversa, ao contrário desta que analisámos. O *Single Currency Term Facility Agreement for Real Estate Finance Multiproperty Investment Transactions*, que tem como objeto crédito imobiliário, sugere que as seguintes situações poderão implicar o acionamento das cláusulas MAC constantes do contrato:

---

<sup>154</sup> Na minuta de *Single Currency Term Facility Agreement da LMA*, lê-se na cláusula 18.11 – *Financial Statements*, (c) *There has been no material adverse change in its business or financial condition (or the business or consolidated financial condition of the Group, in the case of the Company) since [...]* (“18.11 – Declarações Financeiras, (c) Não ocorreu uma alteração material adversa no seu negócio ou condição financeira (ou no negócio ou condição financeira consolidada do Grupo, no caso da Empresa) desde [...]”, tradução livre da autora).

<sup>155</sup> «4.2. Os mutuantes apenas são obrigação a cumprir com o constante na Cláusula 5.4. (Obrigações dos Mutuantes) se, na data do pedido de saque e na data efetiva do saque, as declarações dos mutuários tenham sido repetidas e sejam verdadeiras em todos os aspetos materiais» (tradução da autora).

«"Material Adverse Effect" means a material adverse effect on:

(a) [the business, operations, property, condition (financial or otherwise) or prospects of an Obligor; or

(b) the ability of an Obligor to perform its obligations under the Finance Documents; or

(c) the validity or enforceability of, or the effectiveness or ranking of any Security granted or purported to be granted pursuant to any of, the Finance Documents; or

(d) the rights or remedies of any Finance Party under any of the Finance Documents]<sup>156</sup>».

À luz desta cláusula, considera-se uma alteração material adversa uma alteração do negócio ou da condição, nomeadamente, da condição financeira do mutuário, bem como da sua capacidade para cumprir com as suas obrigações emergentes do contrato e do valor da sua garantia, ou, ainda, dos direitos do mutuante.

Contudo, note-se que não é identificada a medida da alteração, se necessita de ser gravosa, repentina ou imprevisível. Essa valoração caberá, em última análise, ao tribunal, utilizando-se, para o efeito, os recursos da lei nacional aplicável relativamente à interpretação dos contratos.

## B. Contratos Bancários

A utilização de cláusulas MAC não é exclusiva de contratos com grande relevância económica. Ao longo dos anos, tornou-se prática a inclusão destas cláusulas na

---

<sup>156</sup> «"Efeito Material Adverso" significa um efeito material adverso em:

(a) [no negócio, operações, propriedades, condição (financeira ou outra) ou perspectivas do Obrigado; ou

(b) capacidade do Obrigado de cumprir as obrigações emergentes dos Documentos Financeiros; ou

(c) validade, executoriedade, eficácia ou valor das garantias prestadas ou que se pretendem prestar, ou nos Documentos Financeiros; ou

(d) dos direitos e soluções dos Financiadores nos termos dos Documentos Financeiros]», tradução livre da autora.

generalidade das minutas dos contratos de crédito concedidos pelos bancos nacionais, ainda que em operações bastante mais simples do que aquelas às quais se aplicaria uma minuta da LMA.

Começemos por atender a um contrato de mútuo com hipoteca e fiança, que tem como finalidade o apoio ao investimento de uma sociedade. Apesar de o litígio não ser relevante para o nosso estudo, a transposição integral do contrato na sentença permite-nos destacar a cláusula MAC nele constante:

«17-B. SITUAÇÃO MATERIAL ADVERSA: Qualquer alteração negativa substancial nos negócios da CLIENTE ou quaisquer alterações materiais no seu passivo ou ativo determinadas por uma qualquer causa, incluindo, em geral, a realização de qualquer operação, ato ou negócio cujo objetivo ou efeito, direto ou indireto, seja diminuir o valor da sua situação patrimonial líquida da qual resulte ou possa, segundo um juízo fundamentado da CG...[o banco mutuante], determinar o incumprimento definitivo de alguma das obrigações assumidas no presente contrato relativas ao pagamento do montante que se encontrar em dívida e/ou relativas às garantias prestadas, confere à C... [o banco mutuante] o direito de considerar imediatamente vencida a totalidade do capital em dívida, cujo pagamento se tornará, então, consequente e imediatamente exigível, acrescido dos juros remuneratórios e/ou moratórios devidos, bem como dos demais encargos ou despesas legal ou contratualmente exigíveis»<sup>157</sup>.

Em termos simplificados, está cláusula permite ao banco mutuante exigir o vencimento antecipado do capital em dívida se tiver ocorrido um prejuízo nos negócios do cliente ou na sua saúde financeira que prejudique a sua capacidade para cumprir o contrato ou desvalorize as garantias prestadas.

A cláusula transcrita é um exemplo da utilização da MAC enquanto situação de incumprimento.

Não foram dedicados quaisquer juízos quanto ao conteúdo desta cláusula, ao contrário do que ocorreu em 2014, quando o 7.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa<sup>158</sup> decidiu, em sede de ação inibitória proposta pelo Ministério Público, que a redação da cláusula, que em seguida se transcreve, utilizada pelo banco Barclays Bank, Plc na sua minuta de

---

<sup>157</sup> Ac. TRL de 06.06.2019, Relator Gabriel Cunha Rodrigues, Proc.º 8693/16.8T8ALM-A.L1-2.

<sup>158</sup> Acórdão do 7.º Juízo Civil da Comarca de Lisboa de 22.08.2014, Proc.º 3194/12.9TJLSB.

“Contrato de Empréstimo sob a forma de Mútuo” era abusiva. A cláusula disponha-se da seguinte forma:

«14. RESOLUÇÃO E VENCIMENTO ANTECIPADO

14.1. A mora ou o não cumprimento definitivo de qualquer das obrigações assumidas neste Contrato ou a ele inerentes, confere ao BARCLAYS o direito de considerar imediatamente vencido, independentemente de interpelação, tudo o que for devido, seja principal ou acessório, com a consequente exigibilidade de todas as obrigações ou responsabilidades, ainda que não vencidas.

14.2. Sem prejuízo de quaisquer outros direitos que lhe sejam conferidos por lei ou pelo presente Contrato, constituem causa bastante e fundamentada de resolução do presente Contrato, independentemente de interpelação, as que designadamente se indicam:

(...)

14.2.7 quando, no entender do BARCLAYS, se registar uma degradação da situação económico-financeira do(s) MUTUÁRIO(S), susceptível de pôr em perigo o reembolso do crédito concedido, bem como se ocorrerem factos ou situações que afectem a actividade do(s) MUTUÁRIO(S) e o BARCLAYS entender que tais factos constituem alteração material adversa da solvabilidade do(s) MUTUÁRIO(S)».

Em primeiro lugar, note-se que esta cláusula foi incluída no contrato enquanto evento de incumprimento, implicando um vencimento antecipado. O tribunal não identificou problemas com essa tipologia, mas antes com a definição de alteração material adversa, constante da cláusula 14.2.7.

Esta cláusula foi declarada abusiva por deixar ao critério do mutuante a concreta identificação de uma situação de degradação da situação económico-financeira suscetível de prejudicar o reembolso do crédito pelos mutuários e, consequentemente, por deixar ao seu arbítrio a possibilidade de resolução do contrato.

Ademais, foi, igualmente, considerado que a cláusula tinha sido construída com conceitos indeterminados demasiado imprecisos, sem serem apresentados critérios concretos do que poderia constituir uma degradação da situação financeira do mutuário ou uma afetação da sua atividade. Uma vez que estas circunstâncias não estão imediatamente ligadas a qualquer incumprimento da prestação de reembolso, decidiu o



tribunal que a resolução do contrato nas circunstâncias permitidas pela cláusula era gravosa e desproporcionada.

Desta decisão podemos concluir que, à luz do ordenamento português, a cláusula MAC não deve ser demasiado geral ou demasiado abrangente ao ponto de colocar todo o poder no mutuante, sem dar possibilidade de argumentação pelo mutuário por não conhecer os critérios utilizados para o acionamento da cláusula.

Esta decisão implica, então, uma restrição ao entendimento de que a cláusula deve ser redigida de forma ampla, de modo a funcionar como uma garantia o mais protetora possível do mutuante.

Retiramos desta pequena incursão pela jurisprudência e pela prática negocial portuguesas que as cláusulas MAC não são exclusivamente utilizadas no âmbito de contratos economicamente relevantes ou de grandes transações, como o crédito sindicado, mas já se insurgiram na prática diária da banca em Portugal, sendo utilizadas como mais uma cláusula de garantia do mutuante.

### 5.3. A Aplicação pelos Tribunais

#### A. A Cláusula de Hardship

Não obstante os nossos esforços, somos obrigados a admitir alguma dificuldade em selecionar jurisprudência nacional ou internacional relevante que aplicasse uma cláusula de *hardship*. Na verdade, a maioria das decisões com a qual nos deparámos optava por aplicar princípios e a lei nacional de forma a averiguar a existência de uma alteração das circunstâncias em detrimento da disposição contratual (talvez, devido à forma ampla e genérica como esta cláusula pode ser redigida, numa tentativa de abarcar o maior escopo de riscos possível), pelo que não nos é possível concluir, com segurança, de que forma os tribunais estão a tratar as cláusulas de *hardship* e como as estão a interpretar.

Em Portugal, confrontamo-nos com um único acórdão<sup>159</sup> no qual se admite a existência desta cláusula, sem, contudo, efetuar qualquer juízo a esse respeito.

---

<sup>159</sup> Ac. STJ de 09.03.2010, Relator Hélder Roque, Proc.º 134/2000.P1.S1.

Creemos que a parca jurisprudência se justifica com a consequência da ativação da cláusula, que, usualmente, se traduz numa obrigação de renegociação, relegando para o tribunal apenas os casos em que não foi possível obter um acordo entre as partes. Nestas situações, acresce que não necessitará o tribunal de procurar subsumir a alteração factual das circunstâncias à previsão da cláusula, uma vez que as partes, pela mera tentativa de renegociação, admitem a existência de uma alteração das circunstâncias capaz de acionar a cláusula. Contudo, o mesmo também implica que não temos qualquer forma de averiguar se a cláusula de *hardship* tem sido acionada e de que forma as renegociações têm sido conduzidas.

Não obstante, iremos apresentar algumas considerações retiradas de decisões ou análises jurisprudenciais elaboradas pela doutrina que nos parecerem relevantes para compreender como é que os tribunais lidam com o acordo de renegociar o contrato em determinadas circunstâncias.

Um caso que nos pareceu ser de destacar remete para um contrato de compra e venda de combustível entre uma refinaria e a Electricité de France (EDF). Neste contrato, as partes incluíram uma cláusula de *hardship* na qual foi especificado que um aumento de mais de seis francos por tonelada em relação ao preço de mercado no momento da celebração implicaria a renegociação dos termos do contrato.

Tal aumento ocorreu, pelo que o vendedor acionou a cláusula e iniciaram-se as renegociações. Contudo, estas não foram bem-sucedidas, resultando numa ação judicial intentada pelo vendedor.

Confrontado com este litígio, mas não sendo chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se aquelas circunstâncias eram subsumíveis à previsão da cláusula<sup>160</sup>, uma vez que as próprias partes o admitiram (razão pela qual iniciaram renegociações), o tribunal decidiu pela alteração do contrato no sentido de ser incluída uma fórmula para o cálculo do preço que garantisse tanto um preço apelativo para o comprador como uma margem de lucro para a refinaria<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Algo que, contudo, não nos parece que levantaria grandes questões, uma vez a cláusula era bastante expressa quanto ao que as partes consideravam uma alteração adversa.

<sup>161</sup> Paris 1re ch. 28 sept. 1976 : J.C.P. 78, ed. C.I., II, 18810, cfr. FREDERICK R. FUCCI, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical*

Os tribunais de *Common Law*, por outro lado, possuem uma perspectiva diferente acerca dos acordos no qual as partes se obrigam a acordar, defendendo que este tipo de contrato (*agreements to agree*, no original) é indeterminado e, conseqüentemente, não é passível de ser executado<sup>162/163</sup>. Tem a doutrina entendido que esta regra é aplicável, também, aos contratos que estatuem um dever de renegociar<sup>164</sup>,

Contudo, correntes mais recentes têm vindo a defender o poder do tribunal ordenar ele mesmo uma solução quando as partes não forem capazes de chegar a um acordo face às novas circunstâncias, desde que seja possível chegar a tal solução através de critérios de razoabilidade ou se o próprio contrato determinar outros critérios<sup>165</sup>.

## B. Cláusula MAC

Relativamente à cláusula MAC, a única decisão portuguesa com a qual nos deparámos a respeito desta cláusula foi a já referida no ponto 5.2.1. *supra*, e cuja análise damos aqui por reproduzida, por a considerar relevante não apenas como exemplo da redação que a cláusula pode apresentar, como também da forma como os tribunais portugueses analisam a sua validade.

Em sede de *Common Law*, ao invés, existe larga jurisprudência sobre esta cláusula.

A decisão que o nosso estudo revelou ser a mais emblemática foi proferida em 2001 pelo Court of Chancery do Delaware, no âmbito de um contrato de fusão entre a IBP, sociedade a ser incorporada, e a Tyson, sociedade incorporante. Após a celebração do contrato, a IBP anunciou uma queda de 64% nas vendas e a necessidade de proceder a

---

*Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, American Bar Association, Section of International Law, Spring Meeting – April, 2006, p. 38.

<sup>162</sup> No original, *enforceable*.

<sup>163</sup> Como exemplo da aplicação deste princípio, *vide May & Butcher v. R* [1934] 2 K B 17 (cfr. ADRIAN MONTAGUE, *Hardship Clauses*, INTERNATIONAL BUSINESS LAWYER, 1985, p. 135).

<sup>164</sup> *Idem*.

<sup>165</sup> *Idem*.

uma correção contabilística no valor de 60 milhões de dólares na sequência de uma fraude numa das empresas do grupo.

Neste contexto, a Tyson procurou recorrer à cláusula MAE estipulada no contrato para se libertar do cumprimento da obrigação assumida. O tribunal identificou, então, três requisitos para determinar a existência de um MAE: (i) a ocorrência de um evento desconhecido; (ii) esse evento deveria colocar em causa, de forma substancial, o potencial de ganhos da operação, e (iii) os seus efeitos deveriam ter consequências no longo prazo.

Ainda que sensível às preocupações da Tyson quanto às perspetivas económicas e comerciais da IBP, o tribunal não considerou estarem verificados estes requisitos, acrescentando que a Tyson tinha anunciado que a sua motivação na aquisição da IBP prendia-se com o objetivo de criar sinergias e não de beneficiar com a sua performance financeira.

Atentos estes argumentos, o tribunal não considerou ter-se verificada uma alteração material adversa<sup>166</sup>.

Um outro caso que entendemos ser importante também ocorreu no contexto de um contrato de fusão, em 2008, no início da crise financeira global. A sociedade a incorporar apresentou consecutivamente resultados quadrimestrais que indicaram dificuldades financeiras e as previsões que apresentou para esses mesmos períodos, para efeitos de *due diligence* mostraram-se erradas. Contudo, o tribunal não considerou que estava verificada a previsão da cláusula MAC constante das *representations* do contrato, uma vez que não estas não incluíam especificamente qualquer declaração quanto as previsões. Para além deste argumento, o tribunal acrescentou ainda que a ocorrência de uma alteração material adversa não poderia ser aferida nesse período de tempo tão curto, já que as suas consequências devem ser sentidas no longo-prazo<sup>167</sup>.

Já no contexto de contratos de financiamento, podemos atender ao caso *Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL and another*, decidido pelo High Court of

---

<sup>166</sup> ROBERT J. RICHARDSON, MATTHEW CUMMING, GEOFF R. HALL e Robert O. Hansen, *Delaware Court Issues Landmark Decision Regarding MAC Clause*, in Lexology, disponível em « <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=78992fef-b1b9-49b7-97ca-0758d0a5c097> », consultado a 11.11.2019.

<sup>167</sup> *Hexion Specialty Chemicals v. Huntsman*, cfr. *Idem*.

Justice inglês. Atendendo à extensa factualidade que este caso apresenta, procurámos sintetizá-lo nos termos mais convenientes à nossa análise.

No contrato subjacente a este litígio, celebrado em 2007, o Grupo Hotelero Urvasco, o mutuário, declarou, em sede de *representations*, que não havia ocorrido qualquer alteração material adversa na sua condição financeira desde a celebração do contrato. A Carey, a mutuante, respaldada nesta declaração, recusou a disponibilização dos fundos acordados por considerar que a mesma havia sido incumprida.

O tribunal considerou que uma alteração adversa é relevante se afetar significativamente a capacidade do mutuário de cumprir as obrigações emergentes do contrato, não podendo, contudo, ser apenas temporária (nos termos também defendidos na decisão anterior). Por outro lado, referiu, ainda, que o mutuante não poderia acionar esta cláusula na sequência de uma circunstância que já era do seu conhecimento à data da celebração do contrato.

Neste contexto, o tribunal concluiu que, de facto, o Grupo Hotelero Urvasco sofrera uma degradação da sua situação financeira, na sequência da bolha do imobiliário, resultando no incumprimento de alguns créditos bancários. Contudo, considerou que essa degradação se iniciou em momento anterior ao início da relação com a Carey, pelo que não justificava o acionamento da cláusula, ainda que a capacidade do mutuário para cumprir as suas obrigações se encontrasse prejudicada<sup>168</sup>.

Mais recentemente, parece ter ocorrido um desvio desta jurisprudência mais restritiva, através do caso *Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi A.G.*, também decidido pelo Court of Chancery do Delaware. Aqui, o tribunal identificou cinco argumentos em como a Akorn sofrera um evento com um efeito materialmente adverso, nos termos contratualmente previstos: a degradação financeira foi (i) repentina, afastando-se dos resultados obtidos anteriormente; (ii) substancial, com resultados muito abaixo dos anos anteriores; (iii) prolongada no tempo, comprovando-se que a sociedade já se encontrava num período menos favorável há um ano e não se previam alterações favoráveis; (iv) não foi resultado

---

<sup>168</sup> *Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL and another* EWHC 1039 (Comm) (26 April 2013), decisão disponível para consulta no *site* de coletânea de jurisprudência norte-americana CASEMINE, em «<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76a60d03e7f57eac494>».

de uma queda daquele mercado, e (v) existiram falhas de *compliance* que prejudicaram o negócio da Akorn e que eram desconhecidas da contraparte.

Este último argumento teve especial peso na decisão do tribunal, que conclui assim que a Akorn sofrera uma alteração material adversa, suscetível de conceder à contraparte o direito a resolver o contrato, recusando-se a completar a fusão convencionada.

Este litígio foi decidido em finais de 2018, pelo que ainda não é possível concluir se esta jurisprudência representa, verdadeiramente, uma viragem na forma como os tribunais de *Common Law* aplicam a cláusula MAC ou se, por outro lado, tal decisão se deveu às circunstâncias extremas que este caso apresentou, nomeadamente, quanto às violações de *compliance*.

#### 5.4. A Relação das Cláusula de Hardship e MAC com a Lei Nacional

Se existem ordenamentos jurídicos que não preveem uma solução para a alteração superveniente das circunstâncias, tal não é o caso do ordenamento jurídico português. Posto isto, uma questão deve ser considerada: qual a relação jurídica da cláusula de *hardship* e da cláusula MAC com o regime geral da alteração das circunstâncias constante do Código Civil? Pode considerar-se que as partes, ao estipularem a cláusula, estão a afastar a aplicação do art. 437.º CC? Consequentemente, caso um tribunal aprecie uma relação jurídica consubstanciada num contrato que inclua, por exemplo, uma cláusula de *hardship* tradicional, deverá procurar, antes de mais, que as partes cheguem a acordo?

A doutrina alemã já se pronunciou relativamente à cláusula de *hardship* e mostrou-se dividida<sup>169</sup>.

Norbert Horn<sup>170</sup> baseou-se no princípio da autonomia da vontade e no facto de que ninguém conhece melhor o contrato do que as suas partes, para concluir que são exatamente as partes que estão numa melhor posição para o ajustar e, consequentemente, deverá preferir-se a renegociação. Esta solução favorece, igualmente, o descongestionamento dos tribunais.

No outro lado da discussão está Michael Martinek<sup>171</sup>, que lembra que um dos requisitos para a aplicação da cláusula é o equilíbrio do contrato ter, de algum modo, sido prejudicado, estando uma das partes numa posição de fragilidade. Tal resultará, provavelmente, numa negociação ainda mais desequilibrada, com benefício para a parte que não ficou onerada pela alteração das circunstâncias. Esta doutrina questiona a eficiência de um dever de renegociação na reposição do equilíbrio económico do contrato, uma vez que tal dever pode implicar que a parte que não foi afetada negativamente pela alteração tente, e consiga, impor por via negocial um resultado ainda mais favorável para si.

---

<sup>169</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, p. 34 *et seq.*

<sup>170</sup> NORBERT HORN, *Neuverhandlungspflicht*, Archiv für die civilistische Praxis 181, 1981, p. 255 *et seq.*

<sup>171</sup> MICHAEL MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandaufnahme, Kritik und Ablehnung*, Archiv für die civilistische Praxis 198, 1998, p. 329 *et seq.*

Em suma, nesta senda, um dever de renegociar o contrato acaba por beneficiar a parte mais forte<sup>172</sup>. Martinek defende, consequentemente, que se deve preferir a modificação do contrato, através de intervenção judicial. Considera<sup>173</sup>, aliás, que a modificação do contrato não é uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*, mas uma exigência deste e do dever que dele decorre de respeitar o conteúdo material do contrato e a distribuição do risco inicialmente acordada<sup>174</sup>.

A doutrina portuguesa<sup>175</sup> tende a considerar que estas discussões, tidas em sede alemã, são relevantes no Direito Português. cremos, contudo, que não podemos estender sem mais os argumentos apresentados quanto à cláusula de *hardship* à cláusula MAC, uma vez que estes se baseiam no direito de renegociação do contrato que a primeira concede à parte sujeita à alteração. Ora, as cláusulas MAC, normalmente, não abrem a possibilidade de renegociação<sup>176</sup>.

Posto isto, devemos procurar auxílio na doutrina relativa aos limites à liberdade contratual, abordando a possibilidade de as partes apresentarem uma solução própria para uma questão que já está legalmente tratada. No fundo, devemos analisar se a norma constante do art. 437.º CC é imperativa ou supletiva e de que forma as cláusulas estudadas são suscetíveis de afastar a aplicação do regime geral.

Um dos princípios basilares ao nosso direito é o princípio da autonomia privada<sup>177</sup>, do qual decorre o princípio da liberdade contratual, segundo o qual as partes dispõem da possibilidade de negociar e celebrar contratos, e de estipularem as cláusulas que desejarem. Contudo, estes princípios e estas liberdades não são absolutos, como prevê expressamente o artigo 405.º, n.º 1 do CC, que refere que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”<sup>178</sup>.

---

<sup>172</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *op. cit.* p. 37.

<sup>173</sup> MICHAEL MARTINEK, *op. cit.* p. 379.

<sup>174</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *op. cit.* p. 37.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>176</sup> Sobre os efeitos jurídicos comumente atribuídos à cláusula MAC, ver ponto 5.2. *supra*.

<sup>177</sup> Subscrevendo a definição do Professor Jorge Morais Carvalho, a autonomia privada corresponde a um espaço de liberdade dentro da qual as pessoas praticam os atos que entenderem, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Edição Original, Almedina, 2016, p. 13.

<sup>178</sup> Sublinhado nosso.



Neste sentido<sup>179</sup>, determina o artigo 294.º do Código Civil que “os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulta da lei”. Importa, consequentemente, proceder à distinção entre normas imperativas e normas dispositivas.

As normas imperativas, ou injuntivas, aplicam-se independentemente de as partes terem estabelecido no sentido da sua não aplicação. Por sua vez, as normas dispositivas permitem que as partes acordem a sua não aplicação<sup>180</sup>.

Posto isto, uma aproximação à resposta à nossa questão inicial (da relação entre as cláusulas de *hardship* e MAC e o regime nacional relativo à alteração das circunstâncias) pode acontecer pela caracterização do art. 437.º do Código Civil como norma imperativa ou dispositiva.

Ora, “o elemento essencial para determinar se uma norma tem conteúdo imperativo está relacionado com a identificação da natureza dos interesses protegidos”<sup>181</sup>, uma vez que o objetivo principal destas normas é proteger uma das partes, à partida, mais fraca, libertando-a da sujeição a um acordo onde o interesse da parte mais forte terá saído francamente privilegiado.

Cremos que o art. 437.º CC pretende proteger ambas as partes do desequilíbrio resultante de uma alteração das circunstâncias, que poderá onerar qualquer uma delas. Não existe, nesta norma, o objetivo de defender a parte mais fraca da relação, mas ambos os contraentes e a equação contratual por eles desenhada de qualquer vicissitude atentatória da boa fé.

Na opinião de António Pinto Monteiro e Júlio Gomes, o art. 437.º CC não é uma norma absolutamente imperativa, pelo que pode ser afastada pela vontade das partes. Consequentemente, deverá dar-se primazia às soluções que as próprias partes encontraram em sede negocial<sup>182</sup>. No mesmo sentido, Galvão Telles<sup>183</sup> e Menezes

---

<sup>179</sup> Dispõe também o artigo 280.º do Código Civil que são nulos os negócios jurídicos *cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável*, e ainda os negócios que sejam contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes.

<sup>180</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.* p. 170.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>182</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *op. cit.* p. 39.

<sup>183</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Colectânea de Jurisprudência*, III, 1986, p. 23.

Cordeiro<sup>184</sup> concluem pela supletividade do regime constante dos artigos 437.º a 439.º do CC, pelo que pode ser, total ou parcialmente, substituído por uma alternativa convencionada pelas partes.

Atento o exposto, não parecem existir dúvidas, na doutrina, quanto à supletividade do art. 437.º CC e à admissibilidade do seu afastamento pelas partes.

Em nosso entender, também não observamos óbices ao afastamento do regime geral pela inclusão de cláusulas de *hardship* ou MAC no contrato. No caso da cláusula de *hardship*, parece-nos linear que o interesse que o art. 437.º visa proteger se encontra assegurado, uma vez que, a alteração das circunstâncias, à partida, poderá onerar qualquer uma das partes e a solução que prevê poderá, do mesmo modo, beneficiar ambas.

Ainda que o receio apontado por Martinek não deva ser ignorado, consideramos que, na generalidade das situações, a parte que não sofreu a alteração não procurará, através da renegociação, onerar desmesuradamente a contraparte, prejudicando, ainda mais, a possibilidade de que o contrato seja cumprido e os seus créditos sejam recebidos. Deste modo, cremos que, em situações normais com agentes economicamente racionais, não haverá lugar na renegociação à asfixia da parte onerada pela alteração, mas à procura de uma solução que permita o cumprimento do contrato. Para além disso, conforme observámos nas minutas sugeridas pelo UNIDROIT e pela Câmara de Comercio Internacional, poderá sempre clausular-se no sentido de, caso as renegociações não sejam bem-sucedidas, as partes, nomeadamente a parte onerada, poderem suscitar a intervenção do tribunal.

Quanto à cláusula MAC, note-se que esta se consubstancia numa cláusula de garantia. Nos contratos de financiamento, é uma garantia do mutuante, tendo como finalidade proteger o mutuante de acontecimentos que prejudicam a capacidade de o mutuário cumprir as suas obrigações. A cláusula MAC é, assim, uma cláusula totalmente a favor do mutuante, não assegurando a posição do mutuário, o que poderia colocar em causa a admissibilidade de afastamento do regime do art. 437.º CC.

Contudo, cremos que o afastamento do regime geral em detrimento desta cláusula ocorre por via da delimitação do âmbito de aplicação do art. 437.º CC. Nos termos do art.

---

<sup>184</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, Almedina, 2010, pp. 300.

437.º CC, os riscos próprios do contrato obstam à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, pelo que defende a doutrina majoritária<sup>185</sup> que o regime do risco delimita negativamente a aplicação desta norma, quer se trate do regime legal quer contratual<sup>186</sup>. Deste modo, e uma vez que a cláusula MAC opera, como já analisámos, uma distribuição do risco, os riscos nela previstos não consubstanciam alterações anormais para efeito do art. 437.º CC.

Assim, face ao exposto, somos da opinião que o regime previsto nos arts. 437.º e seguintes do CC cederá perante uma cláusula de *hardship* ou uma cláusula MAC, na parte em que as suas respetivas previsões de aplicação se sobreponham. Na situação de ocorrer uma alteração de tal modo imprevisível que não foi considerada contratualmente, por exemplo, no caso de uma redação da cláusula que inclua um elenco de causas suscetíveis de ativar a aplicação destas cláusulas, aplicar-se-á, subsidiariamente, o regime geral do art. 437.º CC. Do mesmo modo, numa situação que não caiba na previsão geral da cláusula, também se aplicará o art. 437.º CC.

Em termos claros, entendemos que caberá comparar o escopo de aplicação das cláusulas e do art. 437.º CC. Metodologicamente, sendo confrontado com uma situação potencialmente sujeita a uma cláusula como aquelas em apreço e ao regime geral do Código Civil, caberá procurar subsumir essa situação na previsão da cláusula. Caso seja possível, aplicar-se-á o nela disposto. Não se encontrando a situação prevista na cláusula, e salvo disposto em contrário no contrato, caberá procurar incluir essa situação no regime geral.

---

<sup>185</sup> Vide, por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, op. cit. p. 43.

<sup>186</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Proposta na Contratação*, op. cit. p. 292.

## Conclusões

Um contrato não é uma realidade isolada, encontra-se inserido num certo ambiente e envolvido por determinadas circunstâncias que o influenciam. Neste contexto, não é estranho que, se no período temporal entre a celebração do contrato e a sua execução ocorrer uma transformação da realidade circundante, esta produza impactos relevantes na relação contratual.

Para acautelar estas situações, encontra-se previsto no ordenamento jurídico português, através do art. 437.º CC, uma solução legal para as alterações das circunstâncias existentes à data da celebração do contrato, desde que estejam preenchidos determinados requisitos, a saber: (i) a superveniência da alteração em relação à celebração do contrato; (ii) a relevância das circunstâncias sobre as quais esta recai; (iii) a sua anormalidade; (iv) a existência de um dano por ela provocado; (v) a ofensa à boa-fé pela manutenção do contrato naqueles exatos termos; (vi) a exclusão do âmbito dos riscos do negócio, e (vii) a inexistência de mora por parte do contraente onerado pela alteração.

Como estatuição, esta norma concede ao lesado o direito à modificação do contrato segundo juízos de equidade ou a sua resolução.

Do mesmo modo, também os sistemas jurídicos de *Common Law* se encontram preparados para esta contingência, através dos institutos da *frustration* e, no caso do Direito Norte-Americano, também da *impracticability*.

De forma sintética, podemos afirmar que, em sede do Direito Inglês, a *frustration* ocorre quando uma obrigação contratual deixa de ser exigível porque as circunstâncias na qual seria prestada torná-la-iam algo radicalmente diferente do que foi assumido no contrato. Por sua vez, no Direito Norte-Americano, a *frustration* é reconduzida à causa ou ao propósito do contrato, sem o qual as partes não teriam contratado naqueles exatos termos e que desaparece na sequência de uma alteração das circunstâncias. Na *impracticability*, a prestação deixa de ser exigível no seguimento da ocorrência de um evento que as partes assumiram que não se iria verificar.

Em qualquer um destes ordenamentos jurídicos, os tribunais não utilizam precipitadamente estes institutos, privilegiando a segurança e a estabilidade jurídicas que decorre da manutenção do contrato. Em sequência, bebendo das justificações

jurisprudenciais<sup>187</sup> que apelam à diligência e ao cuidado na negociação dos seus contratos, não é estranho que os sujeitos tenham começado a escrever as suas próprias soluções de forma a proteger-se de eventuais modificações adversas que os possam vir a prejudicar e até, começando a utilizar essas soluções enquanto garantias contra a possibilidade de incumprimento da outra parte. São dois exemplos das soluções contratuais para a alteração das circunstâncias a cláusula de *hardship* e a cláusula *material adverse change* ou *material adverse effect*.

A cláusula de *hardship* devolve às partes o poder de alterar o contrato à luz das novas circunstâncias, através da sua renegociação. Esta solução afasta, pelo menos num primeiro momento, a intervenção do tribunal, o que privilegia a autonomia privada, permitindo às partes procurar a solução que mais lhes aprouver e construir uma definição de alteração de circunstâncias adaptável à negociação em causa. As partes procuram, assim, através da *hardship*, fugir à difícil aplicação do art. 437.º CC e dos seus correspondentes em outras jurisdições, em benefício de uma cláusula adaptada às suas necessidades e à estatuição da sua preferência.

Alguns autores questionam, contudo, a justiça desta solução contratual, por ser suscetível de permitir que o contraente que não sofreu a alteração procure utilizar essa sua posição de superioridade para impor os seus interesses, em contexto negocial, não resultando numa renegociação equilibrada. cremos, no entanto, que estes argumentos, à luz de um contexto comercial e financeiro racionais, virado para os lucros, não são suficientes para obstar à prevalência de uma cláusula de *hardship* convencionada sobre o art. 437.º CC.

Todavia, entendendo-se que este receio ainda é justificado, poderá ser mitigado através da inclusão de uma “válvula de escape” que remeta a situação para tribunal, a pedido de qualquer uma das partes, caso as renegociações não estejam a ser bem-sucedidas. Entendemos, contudo, que esta diligência poderá não ser sempre possível por nem sempre existir margem para negociação, como acontece nos contratos de adesão.

A cláusula MAC (ou MAE), quando utilizada em contratos de financiamento, permite normalmente ao mutuante exigir o vencimento antecipado na ocorrência de uma alteração das circunstâncias que prejudique a capacidade do mutuário de cumprir com as

---

<sup>187</sup> Vide *Paradine v. Jane* e *Gurwits v. Mercantile/Image Press*, No. pontos 3.1.1. e 3.2.4. *supra*.

obrigações emergentes do contrato (sem que este tenha, efetivamente, incumprido com a obrigação principal de reembolso do capital e juros). Opera, assim, uma distribuição do risco, colocando-o na esfera de responsabilidades do mutuário, funcionado com uma cláusula de garantia do mutuante contra a possibilidade de incumprimento do mutuário devido à sua degradação financeira repentina.

Por corresponder à distribuição do risco convencionada pelas partes, a cláusula MAC obsta à aplicação do art. 437.ºCC na medida dos riscos protegidos pela disposição contratual. A lei terá, então, um papel subsidiário à cláusula, sendo aplicável aos riscos por ela não previstos.

Ainda que os tribunais se mostrem renitentes em desobrigar um agente na sequência de uma alteração das circunstâncias, ou de uma *frustration* ou *impracticability*, observa-se que a eficácia das cláusulas de *hardship* e MAC nos casos levados a juízo em Inglaterra e nos Estados Unidos também não foi perfeita.

Em contextos internacionais, não temos dúvidas quanto à pertinência da inclusão de uma cláusula de *hardship*, não obstante os tribunais também terem dificuldades em aplicá-la. Não estipular as consequências de uma alteração de circunstâncias implica ficar sujeito à lei nacional aplicável e às suas peculiaridades, que podem ser desconhecidas para um contratante estrangeiro. Estipular tais consequências significa criar a lei aplicável, com certeza, ao contrato.

Se a lei aplicável for, todavia, a portuguesa, cremos que fará sentido substituir o regime geral se as partes entenderem preferir um dever de renegociar à modificação pelo tribunal ou à resolução do contrato ou se definirem o escopo de aplicação da cláusula de tal forma que permita uma subsunção facilitada de determinadas alterações.

Note-se que tem a doutrina portuguesa entendido que o regime legal relativo à alteração das circunstâncias não tem natureza imperativa, podendo ser afastado ou relegado para um papel subsidiário por vontade das partes.

No caso concreto da cláusula MAC, ela acaba, muitas vezes, por funcionar melhor como forma de melhorar as condições contratuais da parte a quem foi alocado o seu risco, nomeadamente quanto ao preço, taxas de juro ou à duração do contrato, acabando, nesse sentido, por beneficiar ambos os contraentes.

O mutuante que desejar incluir esta cláusula num contrato, deve, contudo, estar atento à sua redação, nomeadamente, à inclusão de conceitos indeterminados demasiado vagos e impressivos. Em termos gerais, cabe-nos mais uma vez notar que a inclusão de cláusulas de *hardship* e MAC não implicará, garantidamente, a eficácia da sua aplicação e uma solução milagre para a alteração das circunstâncias, pelo menos, a partir do momento em que a questão deva ser dirimida num tribunal. Contudo, entre partes, poderá ter outras funções, nomeadamente ao nível negocial.

Por fim, entendemos que a resposta à questão formulada no início desta dissertação, da pertinência de uma destas cláusulas nos contratos aos quais se aplica a lei portuguesa dependerá sempre da forma como a mesma for redigida e da previsão que a mesma fizer dos riscos que eventualmente poderão surgir.

## Bibliografia

ABREU, BERNARDO TEIXEIRA DE, *O Financiamento para Aquisição de Empresas Societárias Não Cotadas*, Tese de Mestrado sob a orientação do Professor Doutor Paulo Câmara, Universidade Católica do Porto, 2012.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Teoría de La Imprevisión y Cláusula de Hardship*, Revista Roma e America, 2002.

ANDERSON, ARTHUR, *Frustration of Contracts – A Rejected Doctrine*, Vol. 3, Issue 1 Fall-Winter 1953, Article 1, DePaul Law Review, 1953.

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, II*, 8.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, 1998.

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 47 Julho/Setembro, 2014.

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRACIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 4.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de Outubro de 2009, Almedina, 2015.

ARSÉNIO, SANDRA, *O Swap de Taxas de Juro: Uma Análise Retrospectiva e Atualista*, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 59, abril 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Onerosidade Excessiva por "Alteração das Circunstâncias"*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65 – Vol. III, 2005, disponível em <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias/>>, consultado em 15.09.2019.

BRITO, MARIA LÚCIA PEREIRA DE, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Edição Original, Almedina, 2016.



CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Alteração das Circunstâncias: A Concretização do artigo 437 do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, 1987.

- *A Proposta na Contratação Pública e a Alteração das Circunstâncias*, in *O Direito*, ano 142.º, II, 2010.

- *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV, Almedina, 2010.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimpressão com nota de atualização, Quid Juris?, 2001.

GOLDBERG, VICTOR P, *After Frustration: Three Cheers for Chandler v. Webster*, Washinton and Lee Law Review, Vol. 68, Issue 3 Summer, 2011.

HORN, NORBERT, *Neuverhandlungspflicht*, Archiv für die civilistische Praxis 181, 1981.

HYLAND, RICHARD, *Pacta Sunt Servanda: a Meditation*, Virginia Journal of International Law, Winter, 1994.

INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Force Majeure Clause 2003*, *ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publishing S.A., 2003.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias : contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, coord. Jorge Miranda, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, III vol., 2010.

FUCCI, FREDERICK R., *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, American Bar Association, Section of International Law, Spring Meeting – April, 2006

LARENZ, KARL, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3.<sup>a</sup> ed., München/Berlin, Beck, 1963.

LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Direito das Obrigações – Volume II*, 12.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2018

MARTINEK, MICHAEL, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandaufnahme, Kritik und Ablehnung*, Archiv für die civilistische Praxis 198, 1998.

McNAIR, DAMIAN, *Material adverse change clauses*, PricewaterhouseCoopers, 2016

MILLER, ROBERT, *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*, 50 WM. & Mary L. Rev. 2, 2009.

MIRVIS, THEODORE N., *Takeover Law and Practice 2010*, 1808 Practising Law, Inst. Corp., 2010.

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Lições de Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, 1995.

MONTAGUE, ADRIAN, *Hardship Clauses*, INTERNATIONAL BUSINESS LAWYER, 1985.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, Separata Juris et de Urbe, Universidade Católica do Porto, 1998.

NETO, ABÍLIO, *Código Civil Anotado*, 20.<sup>a</sup> Edição Actualizada, EDIFORUM – Edições Jurídicas, Lda, 2018

OPPETIT, BRUNO, *L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, 101 Clunet, 1974.

PICHONNAZ, PASCAL, *From Clausula Rebus Sic Stantibus to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role*, in *Fundamina*, University of South Africa, 2011.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, ed. de 1990.

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2019.

PUFENDORF, SAMUEL, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1715.

RAPSOMANIKAS, MICHAEL G., *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980.

RICHARDSON, ROBERT J., CUMMING, MATTHEW, HALL, GEOFF R. e Hansen, Robert O., *Delaware Court Issues Landmark Decision Regarding MAC Clause*, in

Lexology, disponível em « <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=78992fef-b1b9-49b7-97ca-0758d0a5c097>», consultado a 11.11.2019.

RIMK, JOERN, “*Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, in *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010.

VARELA, JOÃO ANTUNES, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra Editora, 1950.

VARELA, JOÃO ANTUNES e LIMA, FERNANDO PIRES DE, *Código Civil Anotado*, Volume 1, 4.<sup>a</sup> Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987.

WALTER, PAULA, *Commercial Impracticability in Contracts*, St. John’s Law Review, Vol. 61, Number 2, Article 2, Winter 1987,

WEISKOPF, NICHOLAS R., *Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth?*, St. John’s Law Review, Vol. 70, Number 2, Article 3 Spring, 1996.

## Jurisprudência Citada

### Nacional:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.06.1979, Relator Hernâni de Lencastre, Proc.º 67 934, disponível em BMJ n.º 288, julho, 1979, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.02.1986, Relator Serra Malgueiro, Proc.º 72 777, disponível em BMJ n.º 354, março, 1986, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.09.2003, Relator sil Figueira, Proc.º 03ª1169 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.03.2010, Relator Hélder Roque, Proc.º 134/2000.P1.S1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.01.2013, Relator Orlando Afonso, Proc.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05.11.2013, Relator José Avelino Gonçalves, Proc.º 1167/10.5TBACB-E.C1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.01.2014, Relator Granja da Fonseca, Proc.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30.01.2014, Relator António Santos, Proc.º 67.12.9TCGMR.G1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.04.2014, Relator Silva Gonçalves, Proc.º 1167/10.5TBACB-E.C1.S1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Acórdão do 7.º Juízo Civil da Comarca de Lisboa de 22.08.2014, Proc.º 3194/12.9TJLSB, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.01.2015, Relator Fonseca Ramos, Proc.º 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2016, Relator Maria da Conceição Saavedra, Proc.º 3674/14.1TBOER.L1-7, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.06.2017, Relator José Feteira, Proc.º 163/09.0TTLSB-A.L1-4, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.06.2019, Relator Gabriela Cunha Rodrigues, Proc.º 8693/16.8T8ALM-A.L1-2, disponível em «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)».

Jurisprudência Inglesa:

*Paradine v. Jane*: [1647] EWHC KB J5, (1647) Aley 26, 82 ER 897, Mich. 23 Car. Banco Regis., Hil. 22 Car. Rot. 1178, & 1179 (cfr. PAULA WALTER, *Commercial*

*Impracticability in Contracts*, St. John's Law Review, Vol. 61, Winter 1987, Number 2, Article 2, p.230).

*Taylor V. Caldwell*: 3 B & S 826, [1863] EWHC QB J1, 122 ER 309 (cfr. VICTOR P GOLDBERG, *After Frustration: Three Cheers for Chandler v. Webster*, Washinton and Lee Law Review, Vol. 68, Issue 3, Summer 6-1-2011, p.1137).

*Krell v Henry* [1903] 2 KB 740 (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, *Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth?*, St. John's Law Review, Vol. 70, Spring 1996, Number 2, Article 3, p. 243 *et seq.*).

*Herne Bay Steamboat Co v Hutton* (1903) 2 KB 683 (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, *op. cit.* 246)

*Chandler v. Webster* [1904] 1 KB 493 (cfr. VICTOR P GOLDBERG, *op. cit.* p.1134 *et seq.*).

*May & Butcher v. R* [1934] 2 K B 17 (cfr. ADRIAN MONTAGUE, *Hardship Clauses*, INTERNATIONAL BUSINESS LAWYER, 1985, p. 135).

*Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1942] 2 All ER 122; 111 LKJ 433; 86 Sol Jo 232; 167 LT 101; 58 TLR 308 (cfr. VICTOR P GOLDBERG, *op. cit.* p.1143 *et seq.*).

*Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*: [1956] 2 All ER 145, [1956] AC 696, [1956] UKHL 3 (cfr. MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980).

*Carapanayoti & Co. v. E. T. Green Ltd.* (1958) 2 Lloyd's Rep. 169 (cfr. MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980).

*Albert D. Gaon & Co. v. Société Interprofessionnelle des Oleagineux Fluides Alimentaires* (1960) 2 Q.B. 334 (1959), *aff'd.* [1960] 2 Q.B. 348 (C.A.) (cfr. MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, Duquesne Law Review, 1979-1980)

*Tsakiroglou & Co ltd v. Noble Thorl GmbH* [1962] A.C. 93 (1961) (cfr. MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, *Duquesne Law Review*, 1979-1980).

*Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL and another* EWHC 1039 (Comm) (26 April 2013), decisão disponível para consulta no *site* de coletânea de jurisprudência norte-americana CASEMINE, em «<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76a60d03e7f57eac494>».

#### Jurisprudência Norte-Americana:

*Alfred Marks Realty Co. v. Hotel Hermitage Co.*, 170 App. Div. 484, 156 N.Y. Supp. 179 (2d Dep't, 1915) (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, op. cit., p. 248 et seq).

*Alfred Marks Realty Co. v. "Churchills."* 90 N.Y. Misc. 370, 153 N.Y. Supp. 264 (S.Ct., 1915) (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, op. cit., p. 248 et seq).

*Moreland v. Credit Guide Publishing Co.*, 255 Mass. 469, 152 N.E. 62 (1926) (cfr. ARTHUR ANDERSON, *Frustration of Contracts – A Rejected Doctrine*, Vol. 3, Issue 1 Fall-Winter 1953, Article 1, *DePaul Law Review*, 1953, p. 7).

*Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) (disponível em «[https://www.trans-lex.org/308300/\\_/transatlantic-financing-corporation-v-united-states-of-america-363-f2d-312/](https://www.trans-lex.org/308300/_/transatlantic-financing-corporation-v-united-states-of-america-363-f2d-312/)»).

*Arabian Score v. Lasma Arabian Ltd*, 814 F.2d 529 (1987) (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, op. cit., p. 261 et seq.)

*Rivas Paniagua, Inc. v. World Airways, Inc.*, 673 F. Supp. 708 (S.D.N.Y. 1987) (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, op. cit., p. 261 et seq.)

*Kel Kim Corp. v. Cent. Markets, Inc.*, 70 N.Y.2d 900, 524 N.Y.S.2d 389, 519 N.E.2d 295 (1987) (disponível em «<https://www.casemine.com/judgement/us/59148c0eadd7b0493452bfe3>»).

*United States v. Grayson*, 879 F.2d 620, 624 (9th Cir 1989) (cfr. NICHOLAS R. WEISKOPF, op. cit., p. 261 et seq.)

United States Trading Corp. v. Newmark Grain Co., 56 Cal. App. 176, 205 Pac. 29 (1992) (cfr. ARTHUR ANDERSON, Frustration of Contracts – A Rejected Doctrine, Vol. 3, Issue 1 Fall-Winter 1953, Article 1, DePaul Law Review, 1953, p. 7).

Gurwits v. Mercantile/Image Press, No., No. 051887A, (Mass. Cmmw. May. 15, 2006) (disponível em «<https://www.casemine.com/judgement/us/5914b543add7b04934771776>»).

HEXION SPEC. CHEMICALS, INC. v. Huntsman Corp., 965 A.2d 715 (Del. Ch. 2008) (cfr. ROBERT J. RICHARDSON, MATTHEW CUMMING, GEOFF R. HALL e Robert O. Hansen, Delaware Court Issues Landmark Decision Regarding MAC Clause).

Tilcon New York, Inc v. Morris County Cooperative, Docket A-5453-10T3 (2014) (disponível em «<https://www.casemine.com/judgement/us/5914f161add7b0493497ad6e>»).

#### Outra Jurisprudência:

Paris 1re ch. 28 sept. 1976: J.C.P. 78, ed. C.I., II, 18810 (cfr. FREDERICK R. FUCCI, *op. cit.* p. 38).

#### Sites Consultados:

CASEMINE, «[www.casemine.com](http://www.casemine.com)»

Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. – Bases Jurídico-Documentais, «[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)»

Legal Information Institute, Cornell Law School, «[www.law.cornell.edu/](http://www.law.cornell.edu/)»

Lexology, «<https://www.lexology.com/>»

Portal da Ordem dos Advogados, «<https://portal.oa.pt/>»

TRANS-LEX.ORG – LAW RESEARCH, «[www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)»

UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law,  
«[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)»



## Índice

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio .....	4
Agradecimentos .....	5
Lista de Abreviaturas.....	6
Resumo .....	8
Abstract.....	8
I. Introdução.....	10
I.I. Sequência da Exposição .....	11
1. Contextualização História – A Evolução da Doutrina .....	13
1.1. O Princípio <i>Pacta Sunt Servanda</i> .....	13
1.2. O Princípio <i>Rebus Sic Stantibus</i> .....	15
2. A Alteração das Circunstâncias no Direito Português .....	18
2.1. O Código Civil.....	21
2.1.1. A Previsão .....	21
2.1.2. A Estatuição.....	27
2.2. A Aplicação pelos Tribunais.....	29
3. A Teoria da <i>Frustration</i> no Direito Anglo-Americano.....	33
3.1. Reino Unido .....	33
3.1.1. A Jurisprudência.....	33
3.1.1.6. <i>Suez Canal Cases</i> (1958-1962).....	40
3.1.2. A Legislação .....	41
3.2. Estados Unidos da América .....	42
3.2.1. <i>Pré-Restatements</i> .....	43
3.2.2. <i>Restatement of the Law of Contracts</i> de 1932 .....	44
3.2.3. <i>Restatement (Second) of the Law of Contracts</i> de 1981 .....	46
3.2.4. A Prática Jurisprudencial.....	50

4. Síntese - Confronto Entre os Ordenamentos Jurídicos Analisados.....	53
5. A Resposta dos Sujeitos Contratantes.....	55
5.1. A Cláusula de <i>Hardship</i> .....	56
5.1.1. A Redação da Cláusula.....	57
5.1.2. Distinção da Cláusula Force Majeure.....	63
5.2. Cláusulas <i>Material Adverse Change</i> e <i>Material Adverse Effect</i> .....	64
5.2.1. A Redação da Cláusula.....	66
5.3. A Aplicação pelos Tribunais.....	73
5.4. A Relação das Cláusula de Hardship e MAC com a Lei Nacional.....	79
Conclusões.....	84
Bibliografia.....	88

